Die Grenzlinie zwischen Gläubigerverzug u. Unmöglichkeit beim Arbeitsvertrage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich-Wilhelms Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Felix Otte
Referendar am Amtsgericht in Trebnitz.

Breslau
1931.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Prof. Dr. Süß
Mitberichterstatter:
Prof. Dr. Schott

Mündl. Doktorprüfung:
17. Juli 1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter

in dankbarer Verehrung zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0053

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1	Einleitung	1
§ 2	Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges	2— 6
	1. Angebot der Leistung	2
	2. Nichtannahme der angebotenen Leistung	2— 5
	a) Ansicht Lotmars über die Nichtannahme	3— 4
	b) Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Nichtannahme	4— 5
	c) Verschulden des Gläubigers ist nicht Voraussetzung des Gläubigerverzuges	5— 6
§ 3	Die Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung des Eintritts des Gläubigerverzuges	6— 8
§ 4	Der Begriff der Leistung und der Möglichkeit der Leistung	8—17
	a) Der Leistungsbegriff der früher herrschenden Meinung	9—10
	b) Die Theorie Titzes von der „abstrakten Möglichkeit" der Leistung	10—11
	c) Die Ansicht Endemanns	11
	d) Die Auslegungstheorie Plancks, Ennecerus' und Sigels	11—13
	e) Die Lehre Trautmanns	13—17
§ 5	Nebenfragen	17—20
	1. Unmöglichwerden der Leistung nach dem Eintritt des Annahmeverzuges	17—18
	2. In welchen Fällen hat der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners zu vertreten	18—19
	3. Tragweite des § 616 BGB.	19—20
§ 6	Praktische Auswirkungen der Lehre Trautmanns . . . . Theorien über die Befreiung des Arbeitgebers von der Lohnzahlungspflicht bei Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer und in den Fällen des generellen Betriebsrisikos.	20—22
§ 7	Die Lehre Kaskels von der Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Beschaffung des Arbeitssubstrats	23—25
§ 8	Die Ansicht Krückmanns über die Unzumutbarkeit der Annahme	25—26
§ 9	Die Auffassung Titzes über den Teilstreik und die Verteilung des Betriebsrisikos	26—29
§ 10	Die Auffassung Örtmanns über die gleichen Fragen	29—30
§ 11	Der Solidaritätsgedanke und das Kollektivprinzip bei Simson und Potthoff	30—34
§ 12	Der Gedankengang des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts über die soziale Arbeits- u. Betriebsgemeinschaft	34—39
§ 13	Die Entscheidung der Fragestellung des Themas durch den Verfasser	39
§ 14	Die Verteilung des Betriebsrisikos im Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes	40—41

Literaturverzeichnis.

1. Adler, Grundsätze der Unmöglichkeitslehre im Kriege in D. J. Z. 23. Jahrg. 1918.
2. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. Berlin 1928.
3. Baum, Der Einfluß des Kriegszustandes auf den Arbeitsvertrag in J. W., 43. Jahrg. 1914.
4. Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug in Gruchots Beiträgen, 54. Band, 1910.
5. Brinz, Pandekten, 2. Band, 2. Aufl. 1879.
6. Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.
7. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.
8. Denkschrift zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in Reichsarbeitsblatt 1923, Sonderheft 28, Stück 2.
9. Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Aufl., 1. Abt. Allg. Lehren bearbeitet von Engelmann Halle 1909. 2. Abt. Einzelne Obligationen, bearbeitet von Raape, Halle 1915.
10. Dernburg, Pandekten 2. Band.
11. Dochnal, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach röm. Recht und dem Bürg. Gesetzbuch in Jherings Jahrb. 48. Band 1904.
12. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Bln. 1903.
13. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürg. Rechts, 1. Bd., 2. Abt. Recht der Schuldverhältnisse, 28. — 30. Aufl. Marburg 1928. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 11. Bearb. Marburg 1930.
14. Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Reichsarbeitsblatt 1923, Sonderheft 28, Stück 2.
15. Epstein, Gläubigerverzug bei unmöglichen Leistungen, Breslauer Dissertation 1910.
16. Fischer, Hans Albrecht, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre in Festschrift der Rostocker Juristen-Fakultät für Amsberg 1904.
17. Freund, Besprechung des Aufsatzes von Stein in J. W. 1912, „Partielle Streiks und deren rechtliche Folgen" in J. W. 41. Jahrg. 1912.
18. Funke, Die Abhängigkeit der Arbeitnehmer untereinander in Fabrikbetrieben und ihre rechtlichen Wirkungen in J. W. 50. Jahrg. 1921.
19. Groh, Koalitionsrecht 1923.
20. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB., Mannheim 1898.
21. Hermann, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit beim Arbeitsvertrage, Breslauer Dissertation 1927.
22. Höniger, Georg, Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrage in J. W. 51. Jahrgang 1922.
23. Kammergericht, Urteil vom 16. 12. 1922: Die schuldlose Nichtbeschaffung des Arbeitssubstrats bedeutet Annahmeverzug des Arbeitgebers nach § 615 BGB. in J. W. 52. Jahrgang 1923.

24. v. Karger, Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? In D. J. Z. 25. Jahrgang 1920.
25. Kaskel, Arbeitsrecht 1925.
26. Kaskel, Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen in Neue Zeitschr. f. Arbts. Recht 2. Jahrgang 1922.
27. Kellermann, Ist Möglichkeit der Leistung Voraussetzung des Gläubigerverzuges, Marburger Dissertation 1912.
28. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. f. d. D. R. in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, 7. Band. 2. Heft. Jena 1900.
29. Kisch, Kritik über Titze: „Die Unmöglichkeit der Leistung . . ." in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 44. Band, Tübingen und Leipzig 1903.
30. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. f. d. D. R. in Fischers Abh. 7. Band. 1. Heft. Jena 1900.
31. Koch, Recht der Forderungen 1836.
32. Koffka, Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? In D. J. Z. 25. Jahrg. 1920.
33. Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Band, Vermögensrecht 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906.
34. Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Jherings Jahrb. f. d. Dogmatik des heutigen röm. und dtsch. Privatrechts, 17. Band. Jena 1879.
35. Kohler, Der Gläubigerverzug, in Arch. f. Bürg. Recht, 13. Band. Berlin 1897.
36. Krahmer, Gegenseitige Verträge, Halle 1904.
37. Krückmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug, in Leipzig. Z. f. dt. Recht, 20. Jahrgang 1926.
38. Landgericht I. Berlin, Urteil vom 6. 10. 1919; Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Dienstvertrage in J. W. 49. Jahrgang 1920.
39. Landgericht I. Berlin, Urteil vom 6. 3. 1922, in Jahrb. Arbeitsrechtlicher Entscheidungen Band III, Herausg. Karger und Erdmann.
40. Landgericht Köln, Urteil vom 7. 12. 1923: Bei einem Teilstreik haben die Arbeitswilligen auch dann Anspruch auf Lohn, wenn infolge Teilstreiks der Betrieb unmöglich ist, in J. W. 56. Jahrgang 1927.
41. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches II. Band, Leipzig 1902/08.
42. v Madei, Lehre von der mora 1838.
43. Martius, Der Bergführervertrag, Heidelberger Dissertation, Berlin 1906.
44. Matthaei, Grundriß des Arbeitsrechts 1923.
45. Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere beim Arbeitsvertrag, Dissertation Bonn 1906.
46. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. Band, 1855.
47. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, Berlin 1888.
48. Neumann, Lohnzahlung bei Betriebsstockungen in J. W. 57. Jahrgang 1928.
49. Örtmann, Komm. z. Bürgerl. Gesetzb. und seinen Nebengesetzen, II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. Berlin 1928.
50. Örtmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.
51. Örtmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug in Arch. f. d. ziv. Prax. 116. Band, Tübingen 1918.
52. Örtmann, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen in neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht II. Jahrgang 1922.

53. Planck's, Kommentar z. BGB. 4. Aufl. Berlin 1914, II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, allgemeiner Teil. II. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, besonderer Teil 1928.
54. Potthoff, Bemerkung zum Urteil des Landgerichts Stade vom 16. 12. 1920 in J. W. 50. Jahrgang 1921.
55. Potthoff, Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis in J. W. 51. Jahrgang 1922.
56. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB., Berlin 1898.
57. Reichsarbeitsgericht, Urteil vom 20. 6. 1928 zur Frage der Betriebsgefahr in Entscheidungen R. A. G. II. Band 1929.
58. Reichsgericht, Urteil vom 6. 2. 1923: Haben die arbeitswilligen Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnzahlung, wenn der Betrieb infolge eines Streiks der übrigen Arbeitnehmer eingestellt wird? In Entsch. d. R. G. in Ziv. Sach. 106. Band.
59. Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers in Jherings Jahrb. 43. Band, Jena 1901.
60. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
61. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884.
62. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhälnisse im BGB. f. d. Dtsch. Rch. Berlin 1897.
63. Schröder, Unmöglichkeit und Ungewißheit, Rostock 1905.
64. Schulz, Über die Bedeutung der Leistungsunmöglichkeit für das Vorhandensein des Gläubigerverzuges, Breslauer Dissertation, Leipzig 1909.
65. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag unter dem BGB. Stuttgart 1903.
66. Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Berlin 1925.
67. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1921.
68. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.
69. Staudinger, Kommentar z. BGB. und dem Einf. Ges. 9. Aufl. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, München, Berlin, Leipzig 1930.
70. Stein, Partielle Streiks und deren rechtliche Folgen, in J. W. 41. Jahrgang 1912.
71. Strunden, Zur Frage der Werksbeurlaubung in neue Zeitschr. f. d. Arbtsrecht. 4. Band 1924.
72. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dtsch. Bürgerl. Recht, Leipzig 1900.
73. Titze, Kritik über Kisch: „Die Wirkungen der nachtr. eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung . . .“ in krit. Viertelj. Schrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 45. Band, Tübingen und Leipzig 1904.
74. Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band 1918.
75. Titze, Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis in J. W. 51. Jahrgang 1922.
76. Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage in Gruchot, 59. Jahrgang 1915.
77. Ulrich, Depositum und Dereliktion, 1877.
78. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1876.
79. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, Herausg. v. Kipp, 9. Aufl. 1906.
80. Wolff, Zur Lehre von der mora, Göttingen 1841.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der Abgrenzung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung ist seit dem Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuches heftig bestritten. Es handelt sich dabei um die Gefahrverteilung beim Dienst- und Werkvertrag, insbesondere um die Entscheidung, ob der Unternehmer bei von beiden Vertragsparteien unverschuldeten Betriebsstockungen, die die Arbeitnehmer zum feiern zwingen, an die Arbeitswilligen den Lohn zu zahlen habe oder nicht. Kamen die Schriftsteller in Vorkriegszeiten, als die Wirtschaft sich blühend entfaltete und langjährige Depressionszustände unbekannt waren, bei der Aufzählung von Beispielen für unverschuldete Betriebsstockungen über den Fabrikbrand nicht hinaus, so sind heute infolge der dauernden Erschütterungen und Krisenzustände unseres Wirtschaftslebens Betriebseinstellungen infolge Teilstreiks, auswärtiger Streiks, ungenügender Zufuhr von Rohstoffen, Verkehrsstockungen u. a. m. an der Tagesordnung. Wegen der großen praktischen Bedeutung der Frage nach der Gefahrverteilung ist es um so wichtiger, eine Entscheidung für die rechtliche Behandlung solcher Fälle zu finden, die auf einer soliden juristischen Konstruktion aufbaut und doch zu einem Ergebnis gelangt, das den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit entspricht. Denn ebenso wie eine Lösung, die lediglich auf Billigkeitserwägungen aufbaut, juristisch unhaltbar ist, erweist sich die scharfsinnigste wissenschaftliche Beweisführung als unbrauchbar, wenn sie zu ungerechten Resultaten führt.

Es soll in der folgenden Bearbeitung unter Beschränkung auf den Arbeitsvertrag versucht werden, beiden Forderungen nach einer einwandfreien Begründung und einem das Gerechtigkeitsgefühl befriedigenden Ergebnis gerecht zu werden.

§ 2.

Gemäß § 293 B. G. B. kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Eintritt des Gläubigerverzuges sind daher

1. Angebot der Leistung durch den Schuldner
2. Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers.

1. Der Schuldner muß die Leistung dem Gläubiger anbieten und dadurch seine Leistungsbereitschaft zu erkennen geben. In der Regel erfordert das Gesetz ein tatsächliches Angebot der Leistung, wie aus § 294 hervorgeht: „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden." Die Motive grenzen die Tätigkeit des Schuldners bei diesem tatsächlichen- oder Realangebot dahin ab, daß er diejenige Tätigkeit entfalten müsse, die das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und die, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation sich für ihn ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt.[1]) Der Fabrikarbeiter muß sich daher pünktlich in arbeitsfähigem Zustande am Fabriktor einfinden. Denn dies ist die Tätigkeit, die das tatsächliche Angebot der Leistung in dem besonderen Schuldverhältnis, hier dem Dienstvertrage, von ihm verlangt. Entspricht jetzt der Unternehmer als Gläubiger den sich aus dem vorliegenden Schuldverhältnis für ihn ergebenden Voraussetzungen, indem er dem Arbeiter die zur Arbeit notwendigen Maschinen und Rohstoffe zur Verfügung stellt, so kann der Arbeiter die Arbeit leisten und dadurch die Erfüllung der Obligation herbeiführen.

Auch in den Ausnahmefällen des § 295, in denen ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, muß dieser zur gehörigen Leistung bereit und, wie sich aus § 297 — der weiter unten noch in anderem Zusammenhange eingehend zu besprechen sein wird — ergibt, auch zur gehörigen Leistung imstande sein.

In gewissen Fällen ist das Angebot der Leistung zur Herbeiführung des Annahmeverzuges überhaupt nicht erforderlich, nämlich wenn der Gläubiger zur Bewirkung der Leistung zu kalendermäßig bestimmter Zeit mitzuwirken hat und die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt. § 296. Z. B. soll der Stundenschüler sich am 10. Februar um 15 Uhr in der Wohnung des Lehrers einfinden, so setzt er sich schon dadurch in Verzug, daß er nicht erscheint, ohne daß der Lehrer ihm seine Leistung anzubieten brauchte.

2. Die zweite Voraussetzung des Verzugseintritts ist die Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers.

---

[1]) Mot. Bd. II, S. 69.

Nach Ansicht Lotmars[1]) kann sich die Nichtannahme nur in einer Handlung oder Unterlassung des Gläubigers äußern, die dessen Willen bekundet oder betätigt, daß die Leistung ihm nicht erbracht werde. Er setzt also Nichtannahme gleich Ablehnung in Worten und Werken[2]), wobei die stärkste Ablehnung in willentlicher Verunmöglichung der angebotenen Leistung bestehen soll.

Zur Begründung[3]) seiner Ansicht beruft er sich einmal auf den §295, wonach ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Dieser Paragraph wende den Ausdruck „nicht annehmen" zweifellos nur für die ablehnende Willensäußerung an. Erkläre der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so könne dies nur die Ankündigung sein, daß er die Leistung ablehne, nicht aber, daß schlechthin, d. h. auch ohne seinen Willen, die Annahme unterbleiben werde.

Diese Behauptungen sind zwar unanfechtbar, geben aber keine überzeugende Begründung ab. Denn § 295 behandelt nur einen Teil der Fälle, in denen der Gläubiger in Annahmeverzug kommen kann. Daher kann aus seinem Sprachgebrauch durchaus nicht „entscheidend"[4]) geschlossen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch Nichtannahme in jedem Falle gleich Ablehnung der Leistung setze.

Weiter tut Lotmar, um seine Aufstellung zu halten, dem Sinn des § 299 Gewalt an. Dieser bestimmt, daß der Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen nicht dadurch in Verzug komme, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert sei. Nach Lotmar ist der Sinn dieser Bestimmung folgender: „Der Gläubiger kommt in den angegebenen Fällen nicht dadurch in Verzug, daß er, vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert, nicht annimmt, d. h. die Nichtannahme aus einem bestimmten Grunde schließt ausnahmsweise den Annahmeverzug aus"[5]).

Diese Auslegung ist falsch. Denn § 299 läßt ausdrücklich bei Verhinderung an der Annahme Annahmeverzug eintreten, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Ist also der Gläubiger vorübergehend verhindert, so tritt Annahmeverzug ein. Dieser setzt Nichtannahme voraus, folglich ist vorübergehende Verhinderung gleich Nichtannahme. Das Erfordernis einer Ablehnung ist gänzlich unbegründet. Um die Auslegung Lotmars zuzulassen, müßte §299 ausdrücklich lauten:„ . . . . . so kommt der Gläu-

---

[1]) Lotmar a. a. O. II. Bd. S. 281.
[2]) Lotmar a. a. O. S. 282.
[3]) Lotmar a. a. O. S. 281.
[4]) Lotmar a. a. O. S. 281.
[5]) Lotmar a. a. O. S. 281, 282.

biger nicht dadurch in Verzug, daß er, vorübergehend an der Annahme verhindert, nicht annimmt“[1]).

Weiterhin nimmt Lotmar den Zusammenhang des Gesetzes zur Begründung seiner Theorie in Anspruch [2]). Die nackte Tatsache der Nichtannahme liege auch vor, wo die Leistung unmöglich sei. Die Nichtannahme und demgemäß der Annahmeverzug setze aber die Möglichkeit des Nichtanzunehmenden, der geschuldeten Leistung, voraus. Dies bestätige § 297, wo es heißt, daß der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Außerstandesein heiße, die Leistung des Schuldners sei unmöglich.

Die ausführliche Widerlegung dieser Aufstellung, die zwar richtig erkennt, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit sich ausschließen, auch den § 297 zutreffend auslegt, aber von einem unrichtigen Begriff der „Leistung“ ausgeht, folgt zweckmäßig weiter unten bei Ableitung des Leistungsbegriffes[3]).

Weiter sprechen gegen die Gleichsetzung von Nichtannahme und Ablehnung der Leistung die Motive, die für den Eintritt des Annahmeverzuges die nackte Tatsache der Nichtannahme genügen lassen[4]).

Endlich ist gegen Lotmar anzuführen, was schon Trautmann[5]) betont, daß nämlich Lotmar den Begriff des Verschuldens fälschlich für den Gläubigerverzug wiedereinführt. Lotmar stellt selbst fest, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Verschulden des Gläubigers bei der Nichtannahme nicht erforderlich ist[6]). Damit ist aber gerade seine Forderung einer willentlichen Ablehnung der Leistung nicht vereinbar. Denn jede freiwillige Ablehnung ist eine vorsätzliche, also eine schuldhafte Ablehnung.

Aus diesen Gründen lehnen wir Lotmars Theorie ab und lassen zum Eintritt des Annahmeverzuges im Anschluß an die Motive [7]) die einfache Tatsache der Nichtannahme genügen, wobei der Begriff der Nichtannahme weit zu fassen ist. Nichtannahme und damit Annahmeverzug liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Dies ergibt sich aus § 295, der ein wörtliches Angebot des Schuldners genügen läßt, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, sowie aus § 642, der für den Werkvertrag ausdrücklich ausspricht, daß der Besteller durch die Unterlassung

---

[1]) Richtig Schulz a. a. O. S. 5, 6.
[2]) Lotmar a. a. O. S. 282.
[3]) Vgl. S. 8 u. 9 und das auf S. 9 u. 10 gegen den dort erörterten Leistungsbegriff Ausgeführte.
[4]) Mot. Bd. I, S. 69.
[5]) Trautmann a. a. O. S. 447.
[6]) Lotmar a. a. O. S. 280.
[7]) Mot. Bd. I, S. 69.

einer für die Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug kommt. Für die Schlüssigkeit dieser ausdehnenden Fassung des Begriffes der Nichtannahme sprechen auch die Motive, die Annahmeverzug als vorliegend erachten, „wenn der Gläubiger den aus der konkreten Forderung für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen nicht entspricht, das zur Erfüllung der Obligation führen würde“ [1]). Wieweit der Gläubiger zur Erbringung der Leistung mitzuwirken hat, ist je nach dem im gegebenen Falle abgeschlossenen Vertrage verschieden. Der Arbeitgeber, der die Arbeiter in seiner Fabrik beschäftigt, hat Tag für Tag Arbeitsräume und Maschinen bereit zu halten, die Arbeiter einzulassen und die zu bearbeitenden Stoffe zu gewähren. Der Verleger dagegen, der Heimwerker für sich arbeiten läßt, hat je nach Vereinbarung den Heimarbeitern Rohstoffe und Arbeitsgeräte, oder nur Rohstoffe mitzugeben, während der Heimarbeiter den Arbeitsraum selbst zu stellen hat. Arbeitet endlich der Heimarbeiter mit eigenen Rohstoffen, so hat der Arbeitgeber lediglich das Produkt abzunehmen.

Aus welchem Grunde der Gläubiger nicht annimmt, ist gleichgültig. Insbesondere erfordert das Bürgerliche Gesetzbuch, wie schon erwähnt, für den Eintritt des Gläubigerverzuges kein Verschulden, ein Satz, der für das geltende Recht unbestritten ist.

Das gemeine Recht verlangte dagegen nach der wohl herrschenden Ansicht [2]) für den Eintritt des Annahmeverzuges ein Verschulden des Gläubigers [3]), weil man von der falschen Vorstellung ausging, die zur Bewirkung der Leistung notwendige Mitwirkung sei eine Pflicht des Gläubigers, wie die Leistung eine Pflicht des Schuldners ist. Wie nun der Schuldner nur bei schuldhafter Pflichtverletzung in Verzug kam, so sollte auch der Gläubiger nur bei schuldhafter Verletzung seiner angeblichen Mitwirkungspflicht in Verzug kommen. Daher mußte nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechtes stets der Schuldner die Gefahr einer zufälligen Unmöglichkeit der Gläubigermitwirkung, die die Erbringung der Leistung unmöglich machte, tragen, ein Ergebnis, das auf einer fehlerhaften juristischen Konstruktion beruhend, gewiß nicht der Billigkeit entsprach.

Es ist das Verdienst Kohlers [4]), als erster nachgewiesen zu haben, daß von einer Mitwirkungsverpflichtung des Gläubigers

---

[1]) Mot. Bd. II S. 69.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 116. Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellg. Bd. 1, 128. Auch Mommsen a. a. O. Bd. 3, S. 160 ff, der zwar kein Verschulden, dafür aber Willkür bei der Nichtannahme erfordert. Windscheid a. a. O. Bd. II, § 345. v. Madei a. a. O., S. 254. Wolff a. a. O. S. 433. Ulrich a. a. O. S. 8. Brinz a. a. O. S. 308. Koch a a. O. S. 353. Schey a. a. O. S. 107. Vangerow a. a. O. Bd. III, S. 184 ff.

[3]) A. A. Rosenberg a. a. O. S. 144.

[4]) Kohler, „Annahme und Annahmeverzug“ in Jherings Jahrb. Bd. 17, S. 268.

nicht die Rede sein kann. Vielmehr ist der Gläubiger lediglich der Berechtigte. Die Annahme ist ein Recht des Gläubigers. Es steht in seinem Belieben, dieses Recht auszuüben. Übt er es aber nicht aus, so müssen ihn die Verzugsfolgen treffen einerlei, ob die Nichtausübung seines Rechts auf Verschulden oder Zufall beruht. Denn nur im Bereiche einer Verpflichtung kann danach gefragt werden, ob das Nichthandeln auf Verschulden beruht oder nicht, worauf Kohler mit Recht hinweist [1]). Die Annahme stellt sich als Benutzung eines dem Gläubiger zukommenden Vermögensstückes dar, daher kann nur den Vermögensherrn der Schaden der Nichtbenutzung treffen.

Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Ausschaltung des Schuldmomentes ist daher wohl berechtigt. Nur in zwei Fällen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Verpflichtung zur Abnahme, nämlich beim Kauf, § 443 BGB. und beim Werkvertrag § 631. Es handelt sich hier aber um Schuldnerpflichten des Käufers und Bestellers. Der Gläubiger kann zur Abnahme oder zur Vornahme einer Mitwirkungshandlung niemals gezwungen werden.

§ 3.

Aus der Definition des Gläubigerverzuges als Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Leistung ergibt sich noch nicht, ob der Gläubigerverzug unbedingt die Möglichkeit der Leistung voraussetzt oder nicht.

Diese Frage ist seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches mehrfach Gegenstand des Meinungsstreites gewesen. Die herrschende Ansicht [2]) hat stets den Standpunkt verfochten, daß die Möglichkeit der Leistung begriffliche Voraussetzung des Gläubigerverzuges sei, und daher Annahmeverzug und Unmöglichkeit unvereinbare Gegensätze seien. Eine Minderheit, der aber kein geringerer als Kohler angehört, vertritt demgegenüber die Ansicht [3]), es sei nicht erforderlich, daß die Leistung möglich sein müsse, damit Gläubigerverzug eintrete. Es könne daher Leistungsunmöglichkeit und Gläubigerverzug nebeneinander gleichzeitig eintreten.

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 409.

[2]) So Dernburg, Schuldverhältnisse, I. Abtlg. S. 193. Örtmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, S. 10. Trautmann, a. a. O. S. 436, 437. Titze, Unmöglichkeit, S. 21, 22. Schröder, a. a. O. S. 30. Siber bei Planck, a. a. O. S. 295 und 971, 3. Ennecerus a. a. O. S. 181. Sigel, a. a. O. S. 51—55. Dochnal, a. a. O. S. 311. Rosenberg a. a. O. S. 163, 164. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 82. Fischer a. a. O. S. 24, 25. Martius a. a. O. S. 47. K. G. Urt. v. 16. 12. 1922, a. a. O. S. 942. Staudinger, a. a. O. S. 367.

[3]) Kohler, Lehrbuch, II. Bd., 1. Teil, S. 349 u. Arch. f. bürg. Recht Bd. 13, S. 200. Kisch, Die Wirkungen der nachträgl. eintr. Unmöglichkeit a. a. S. 80. Kleineidam, a. a. O. S. 14. Boer, a. a. O. S. 516, sowie die Dissertationen von Meyer a. a. O. S. 39, Schulz a. a. O. S. 10, Kellermann, a. a. O. S. 61, Epstein a. a. O. S. 28.

Der Standpunkt der herrschenden Meinung ist der allein richtige, und wird auch in neuerer Zeit nicht mehr angefochten. Die Werke der widersprechenden Minderheit sind sämtlich vor dem Kriege veröffentlicht worden. Das jüngste ist die Dissertation von Kellermann, die 1912 erschienen ist.

In der Tat schließen sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung aus. Denn einmal kann eine unmögliche Leistung nicht ordnungsmäßig angeboten werden. Ein tatsächliches Angebot einer unmöglichen Leistung ist nicht denkbar und ein wörtliches Angebot, das in den Fällen des § 295 ausreicht, könnte zwar erfolgen, es wäre aber eine bedeutungslose Geste, die keine Rechtswirkungen äußern kann. Wie soll andererseits die Nichtannahme einer unmöglichen Leistung praktisch vor sich gehen?

Zum andern müssen sich die beiden Institute deswegen ausschließen, weil ihre Rechtsfolgen gänzlich verschieden sind, worauf zuerst Titze [1]) hingewiesen hat. Liegt nämlich Unmöglichkeit der Leistung vor, die vom Schuldner nicht zu vertreten ist, so wird er gemäß § 323 BGB. von seiner Verbindlichkeit frei. Tritt dagegen Annahmeverzug ein, so bleibt er grundsätzlich verhaftet, wenngleich sich seine Haftung nach den Grundsätzen der §§ 300 bis 303 mildert, er behält aber andererseits seinen Anspruch auf die Gegenleistung, während er bei beiderseits nicht zu vertretender Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung gemäß § 323 verliert. Wird der Schuldner bei von ihm nicht zu vertretender Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit frei, und schuldet er keine Leistung mehr, so ist mit diesem Augenblick auch kein Gläubiger mehr vorhanden, der die Erbringung der Leistung fordern könnte. Der Eintritt des Gläubigerverzuges setzt aber das Vorhandensein eines Gläubigers begriffsnotwendig voraus [2]). Da die Rechtsfolgen beider Institute sich ausschließen, können diese nicht nebeneinander eintreten.

Endlich spricht eine unbefangene Auslegung des § 297 BGB. gegen die Möglichkeit eines Nebeneinandereintretens von Verzug und Unmöglichkeit. Dieser Paragraph schließt den Eintritt des Gläubigerverzuges aus, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Mitwirkungshandlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken.

Der Streit ging hier um die Bedeutung des Wortes „außer Stande sein". Soll sie festgestellt werden, so ist von der Entstehungsgeschichte des § 297 auszugehen. Der 1. Entwurf enthielt den § 297 als Unterbestimmung des § 257 des 1. Entwurfes. Er war folgendermaßen gefaßt:

---

1) Titze Unmöglichkeit a. a. O. S. 22, 23.

2) So auch Örtmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug a. a. O. S. 13.

„Das nur wörtliche Anerbieten in Verbindung mit dem Leistungsvermögen des Schuldners ist erforderlich,

1. wenn der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen,
2. wenn der Gläubiger, damit die Leistung beginnen kann, vorher eine Handlung vorzunehmen hat,
3. wenn und soweit zur Ausführung der Leistung eine gleichzeitige Handlung des Gläubigers nötig ist."

Zu dieser Regelung geben die Motive [1]) folgende in der vorliegenden Abhandlung schon in anderem Zusammenhange angeführte Begründung: „Das Prinzip ist, der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entfalten, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Forderung für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt."

Der Ausdruck „Imstande sein", dessen Gegensatz wir jetzt in § 297 finden, taucht erst in der 2. Lesung [2]) auf. Die Protokolle geben keinen Aufschluß darüber, ob dieser Ausdruck etwas anderes bezeichnen soll, als das Wort Leistungsvermögen. Nach herrschender Ansicht [3]) bedeutet „Imstande sein", die Leistung des Schuldners muß möglich sein. In der Tat ist auch nicht ersichtlich, weshalb der neu eingeführte Ausdruck eine andere Bedeutung haben soll als das Wort Leistungsvermögen, zumal die Protokolle ausdrücklich sagen, daß der neu aufgenommene § 255 a — im Entwurf 2. Lesung ist es § 291 — nur eine Vereinfachung der Fassung der ersten Lesung darstelle. Ist aber sachlich nichts geändert worden, dann ist das Schweigen der Protokolle über die Bedeutung des Ausdrucks „Imstande sein" dahin zu deuten, daß „Imstande sein" das Gleiche bezeichnen soll, wie „Leistungsvermögen". Daher ist der Schuldner im Sinne des § 297 dann außerstande zu leisten, wenn er unvermögend ist zu leisten, mit anderen Worten: Außerstande sein bedeutet, die Leistung ist unmöglich.

§ 4.

Nachdem bislang dargestellt worden ist, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung sich ausschließen, daß der Gläubigerverzug die Möglichkeit der Leistung voraussetzt, ist weiterhin die Frage zu beantworten, w a n n diese Voraussetzung des Gläubigerverzuges gegeben sei, wann die Leistung des Schuldners möglich sei. Die Klärung des Begriffes der „Leistung" ist für die Beantwortung wesentlich.

---

[1]) Mot. Bd. II, S. 69.
[2]) Protokolle Bd. I, S. 329.
[3]) So Trautmann a. a. O. S. 436, 437. R. G. i. Ziv. S., Urt. v. 6. 2. 1923, a. a. O. S. 276. Lotmar a. a. O. S. 282.

Die früher herrschende Meinung verstand unter Leistung die Bewirkung der Leistung, d. h. die Erfüllung. Am deutlichsten drückt sich Staudinger [1]) aus, wenn er sagt, Unmöglichkeit der Leistung bedeute Unmöglichkeit des Leistungserfolges. Demnach ist die Leistung nur möglich, wenn der Leistungserfolg möglich ist. Leistung des Schuldners bedeutet also Leistungserfolg, d. h. Bewirkung der Leistung, Erfüllung. Nach anderen Vertretern der früher herrschenden Meinung z. B. Lotmar [2]) Rosenberg [3]), Rümelin [4]) tritt Unmöglichkeit der Leistung ein, wenn der Arbeitgeber die zu der Erbringung der Leistung erforderliche Mitwirkung nicht gewähren kann. Demnach bekennen sie sich auch zu der Ansicht, daß Leistung gleich Bewirkung der Leistung sei, denn wäre sie weniger als die Bewirkung der Leistung, so würde sie nicht unmöglich werden, wenn der Gläubiger die Mitwirkung zu dieser Bewirkung nicht gewähren kann.

Gegen diese früher herrschende Ansicht spricht folgendes:

Es ist unbestritten und nach dem Wortlaut des § 295 BGB. auch unbestreitbar, daß die Leistung nicht durch bloßes Unterlassen der zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mitwirkungshandlung des Gläubigers unmöglich wird, sofern es dem Gläubiger möglich war, die Handlung vorzunehmen. Z. B. der Arbeitgeber läßt die am Morgen sich vor dem Fabriktor sammelnden Arbeiter nicht ein. Ist aber in diesen Fällen die Leistung möglich, so kann sie nicht gleich Bewirkung der Leistung sein. Denn die Bewirkung der Leistung, die nach § 362 die Erfüllung ist, ist stets unmöglich, wenn der Gläubiger die notwendige Mitwirkungshandlung, gleichgültig aus welchem Grunde, unterläßt.

Weiterhin: Annahmeverzug muß auch dann eintreten, wenn der Gläubiger die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornehmen kann [5]) z. B. der Arbeitgeber kann die Maschinen nicht laufen lassen, weil es infolge Kabelbrandes im Elektrizitätswerk an Strom fehlt. Dies ergibt sich aus § 299: „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat."

Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, daß diese Bestimmung Ausnahmecharakter hat. Für diesen Ausnahmecharakter erbringen auch die Protokolle [6]) Beweis. Sie drücken die Ab-

---

1) Staudinger a a. O. S. 367.
2) Lotmar a. a. O. S. 247.
3) Rosenberg a. a. O. S. 164.
4) Rümelin, Dienstvertrag u. Werkvertrag S. 82.
5) So auch Örtmann, Leistungsunmöglichkit u. Annahmeverzug a. a. O S. 18.
6) Protokolle I, S. 329—330.

sicht aus, in den im Text aufgeführten Fällen eine Milderung des Grundsatzes, daß der Annahmeverzug ohne Verschulden des Gläubigers eintritt, zu schaffen. Die Nichtannahme infolge unverschuldeter Hinderung des Gläubigers an der Mitwirkungshandlung hindert also in den Fällen des Textes ausnahmsweise den Eintritt des Annahmeverzuges. Folglich schließt sie in der Regel — argumentum e contrario — den Eintritt des Gläubigerverzuges nicht aus. Tritt er aber ein, wenn der Gläubiger die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornehmen kann, so kann Leistung nicht gleich Bewirkung der Leistung gesetzt werden, weil ja — wie oben dargetan — sein Eintritt die Möglichkeit der Leistung voraussetzt, und die Bewirkung der Leistung hier jedenfalls unmöglich ist.

Die übrigen gegen die früher [1]) herrschende Meinung sprechenden Gründe sind zweckmäßig bei Besprechung des Trautmann'schen Leistungsbegriffes weiter unten darzulegen.

Eine eigene Theorie über die Möglichkeit der Leistung hat Titze [2]) aufgestellt. Sie ist, obwohl inzwischen von Titze selbst zurückgenommen [3]), kurz darzustellen und zu würdigen.

Verpflichtet sich der Schuldner zur Entfaltung einer Tätigkeit, so setze eine solche Verpflichtung ein zweifaches voraus:

1. Ein mit den nötigen Eigenschaften ausgerüstetes Wesen, das tätig werden soll — die subjektive Voraussetzung der Tätigkeit.

2. Ein Stück der Außenwelt, auf das sich die Tätigkeit des Verpflichteten bezieht — die objektive Voraussetzung oder das Substrat der Tätigkeit. Für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges seien beide Voraussetzungen gleichwertig. Falle eine der beiden Voraussetzungen der Tätigkeit weg oder werde ihr Substrat untauglich, so trete Unmöglichkeit der Leistung ein, gleichgültig, ob der Gläubiger oder der Schuldner das für die schuldnerische Tätigkeit notwendige Substrat zu beschaffen hatte. Annahmeverzug trete nur dann ein, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistung in abstracto sämtlich vorhanden sind, der Gläubiger aber, weil er nicht will oder nicht kann, es unterläßt, zwischen ihnen diejenigen Beziehungen herzustellen, die nowendig sind, wenn die abstrakte Möglichkeit zur konkreten Wirklichkeit werden soll.

Indessen findet diese Theorie von der abstrakten Möglichkeit im Gesetz keine Stütze. Der Gläubigerverzug setzt voraus, daß der Gläubiger die angebotene Leistung nicht annimmt. Eine nur in abstracto mögliche Leistung kann weder angeboten noch angenommen werden. Sie ist wie Trautmann [4]) richtig

---

[1]) Vor dem Kriege.
[2]) Titze, die Unmöglichkeit der Leistung S. 24 ff.
[3]) Titze, das kaufmännische Hilfspersonal a. a. O. S. 744.
[4]) Trautmann a. a. O. S. 449.

bemerkt, nichts Wirkliches, vielmehr nur ein Begriff, eine Verwechselung zwischen dem Möglichen als Realem und dem Denkbaren als Irrealem. Außerdem ist nicht ersichtlich, weshalb die Leistung möglich bleiben sollte, wenn das Substrat der schuldnerischen Tätigkeit zwar in der Welt vorhanden ist, aber doch im gegebenen Falle nicht in räumliche Beziehung zur Arbeitskraft gebracht werden kann, wenn sie im Falle des Untauglichwerdens oder Unterganges des Substrats als unmöglich zu betrachten ist.

Endlich gilt gegen Titze, was auf Seite 9 unten und Seite 10 gegen die früher herrschende Ansicht ausgeführt ist. Denn nach seiner Theorie tritt Unmöglichkeit der Leistung auch dann ein, wenn das untergegangene oder untauglich gewordene Substrat der schuldnerischen Tätigkeit vom Gläubiger zu beschaffen war, d. h. wenn er eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht vornehmen konnte. Tatsächlich liegt in diesen Fällen, — wie oben dargetan, Gläubigerverzug vor, mithin wird die Leistung des Schuldners keineswegs unmöglich, wie Titze annimmt.

Titze hat inzwischen, wie schon erwähnt [1]), unter dem Eindruck der Theorie Trautmanns selbst zugegeben, daß diese „mehr dialektische Betrachtungsweise" der Dinge sich nicht aufrecht erhalten lasse.

Eine weitere Ansicht [2]) über die Möglichkeit der Leistung des Schuldners speziell beim Arbeitsvertrage geht dahin, Arbeitskraft und Arbeitsobjekt seien kraft gesetzlicher Bestimmung voneinander unabhängig. Die Arbeitsleistung bleibe möglich, auch wenn das Substrat der schuldnerischen Tätigkeit untergegangen sei, denn nach dem Inhalt des Dienstvertrages werde die Vergütung für die Bereithaltung der Arbeitskraft innerhalb bestimmter Zeit versprochen [3]). Dieser Satz ist falsch, wie schon Lotmar [4]) nachgewiesen hat. Denn nach §611 ist der Schuldner nicht allein zur Bereithaltung, sondern vielmehr zur Leistung der Dienste verpflichtet. Damit fällt die ganze Aufstellung Endemanns.

Eine eigengeartete Theorie über die Möglichkeit der Leistung des Schuldners vertreten Planck [5]), Ennecerus [6]) und Sigel [7]).

Es lasse sich für die Entscheidung, ob die Leistung des Schuldners möglich sei und Annahmeverzug eintrete, oder ob Unmöglichkeit der Leistung vorliege, keine feste allgemeingültige Norm aus dem Gesetze ableiten. Die Entscheidung müsse sich aus der Auslegung [8]) eines jeden Arbeitsvertrages ergeben.

---

1) In Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts 1918. S. 744.
2) Endemann a. a. O. S. 1091.
3) a. a. O. S. 1091
4) Lotmar a. a. O. II, 275 Anm. 1.
5) Planck a. a. O. S. 971, 3
6) Ennecerus a. a. O. S. 181 I.
7) Sigel a. a. O. S. 52.
8) Daher von manchen als Auslegungstheorie bezeichnet.

Wolle der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrages dem Gläubiger lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen, ohne nähere Individualisierung der zu leistenden Arbeit, so bleibe, wenn der Schuldner seine Dienstleistung anbietet, der Gläubiger sie aber nicht annehmen kann, die Leistung möglich, und es trete Annahmeverzug ein.

Als Beispiel für diesen Fall führt Planck [1]) an: Jemand nimmt einen Kutscher an, und die Pferde, mit denen dieser fahren soll, werden gebrauchsunfähig. Hier hat nach Planck der Kutscher lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt und sich nur verpflichtet, allgemein Dienste zu leisten, wie sie ein Kutscher gewöhnlich zu leisten hat. Es ist, — immer nach Planck keine Individualisierung der Dienste dergestalt, daß der Kutscher diese bestimmten Pferde zu pflegen und mit ihnen zu fahren habe, vereinbart worden. Daher bleibt trotz der Gebrauchsunfähigkeit der Pferde die Leistung möglich und es tritt Annahmeverzug ein, wenn der Gläubiger andere Pferde nicht stellen kann.

Sei jedoch nach dem Inhalt des Vertrages die zu leistende Arbeit individualisiert, d. h. Arbeit in ganz besonderer Form versprochen worden z. B. Arbeit an einer bestimmten Maschine, so sei die Leistung mit diesem bestimmten Arbeitsobjekt verbunden und werde durch Wegfall oder Untauglichwerden des Objektes unmöglich.

Ist ein Hauslehrer zum Unterricht des Sohnes des Dienstherrn angenommen [2]) und stirbt der Schüler, so wird nach Planck die Leistung unmöglich, weil sie vertraglich auf den Unterricht gerade dieses Schülers individualisiert, der Unterricht nur dieses Sohnes versprochen war.

Nach Ansicht Plancks wird in der Regel im Vertrage die Arbeit in bestimmter Form versprochen, also die Leistung individualisiert. Nach Ennecerus [3]) dagegen ist in Fällen, in denen der Wille der Parteien nicht deutlich zu Tage tritt, im Zweifel anzunehmen, daß der Schuldner sich nicht zur Arbeit in bestimmter Form, sondern lediglich dazu verpflichtet habe, nach Maßgabe seiner Fähigkeiten nach bestimmter Richtung hin tätig zu werden, die Leistung daher nicht individualisiert sei.

Sigel [4]) endlich hält es für untunlich, derartige allgemeine Auslegungsregeln aufzustellen und nach diesen den Inhalt der Verträge schematisch zu beurteilen. Vielmehr sei ausschließlich aus dem Willen der Parteien festzustellen, ob die Leistung vertraglich individualisiert sei oder nicht. Trete dieser Wille nicht klar zu Tage, so müsse er vom Richter in jedem Einzelfalle ermittelt werden.

Zunächst ist Sigel zuzustimmen, wenn er die Aufstellung allgemeiner Auslegungsregeln ablehnt. Denn jede generelle Fest-

---

[1]) a. a. O. S. 971, 3.
[2]) Beispiel Plancks a. a. O. S.971, 3.
[3]) Ennecerus a. a. O. S. 181.
[4]) Sigel a. a. O. S. 52.

legung vermutlicher Parteivereinbarung widerspricht dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Grundsatz des freien Vertragswillens der Parteien. Darüber hinaus hat Planck nicht einmal Recht, wenn er meint, in der Regel werde Arbeit bestimmter Form z. B. an einer bestimmten Maschine versprochen. Verdingt sich ein Mann als Maschinenführer, so verspricht er bei unbefangener Betrachtungsweise dieses Vertragsabschlusses doch wohl nicht die Bedienung nur einer ganz bestimmten Maschine, deren Standort und Fabrikmarke er, wenn er neu in den Betrieb kommt, gar nicht kennt, sondern er verspricht Arbeit, die fähig ist, Maschinen bestimmter Bauart und Konstruktion zu bedienen. Es dürfte also eher eine „Individualisierung in genere“ [1]) vorliegen.

Gewiß muß — auch darin ist Sigel zuzustimmen — der Wille der Parteien bezgl. der Individualisierung der Leistung in jedem Einzelfalle durch Prüfung der Parteiabrede, sowie des gesamten Vertragsinhaltes und seiner wirtschaftlichen Bedeutung für die Parteien festgestellt werden. Denn die Rechtssätze über Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung sind überwiegend dispositiver Art. Daher steht es den Parteien frei, diese Normen durch Vereinbarung auszuschließen oder abzuändern.

Indessen muß die Auslegungstheorie in den sehr häufigen Fällen versagen, wo die Parteien eine Vereinbarung über die Individualisierung der Leistung nicht getroffen haben, weil sie an die Möglichkeit des Wegfalles des Arbeitsobjektes nicht gedacht haben.

Für alle diese Fälle erweist es sich als notwendig, aus dem systematischen Aufbau des Gesetzes einen allgemeingültigen Begriff der Leistung und der Möglichkeit der Leistung zu entwickeln, der überall da zur Anwendung kommt, wo ein auf seine Ausschließung oder Abänderung gerichteter Parteiwille nicht feststellbar ist.

Es ist das Verdienst Trautmanns [2]), aus den Bestimmungen des Gesetzes den allein richtigen Begriff der Leistung und damit der Unmöglichkeit der Leistung 15 Jahre nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entwickelt und damit eine ganz neue Betrachtungsweise der ganzen Frage angebahnt zu haben.

Nach Trautmann ist Leistung nicht, wie die herrschende Meinung der Vorkriegszeit lehrte, gleich Bewirkung der Leistung, sondern Leistung ist nur derjenige Teil der Erfüllung, den der Schuldner nach den Bestimmungen des jeweiligen Schuldverhältnisses zu dessen Lösung beizutragen hat, der „Erfüllungsanteil“ des Schuldners. Leistung ist also scharf zu scheiden von Bewirkung der Leistung oder Erfüllung. Hat nach den Bestimmungen des jeweiligen

---

[1]) Ausdruck von Trautmann S. 442.
[2]) a. a. O S. 434 ff.

Schuldverhältnisses der Gläubiger Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, so wird, wenn er sie nicht vornehmen kann, die Erfüllung unmöglich. Dagegen liegt Unmöglichkeit der Leistung als des Erfüllungsanteils des Schuldners nur dann vor [1]), wenn die nach dem Vertrage dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich ist, daß auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers die Erfüllung unmöglich sein würde. Annahmeverzug [2]) tritt dann ein, wenn dem Schuldner die Bewirkung der Leistung unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das Seinige zur Vertragserfüllung beiträgt, möglich ist, und er die in diesem Sinne mögliche Leistung dem Gläubiger ordnungsmäßig aber vergeblich angeboten hat.

Kommt es nicht zur Erfüllung, so ist also für die gegenseitigen Ansprüche der Parteien ausschlaggebend, ob sie unterblieb, weil der Schuldner dasjenige, was e r zu ihr beizutragen hatte, nicht erbrachte, oder ob sie unterblieb, weil der Gläubiger das, was er an ihr mitzuwirken hatte, nicht ausführte.

Was jede der Parteien zur Erfüllung beizutragen hat, kann je nach den Bestimmungen des Arbeitsvertrages sehr verschieden sein. Der Fabrikbesitzer, der Arbeiter in seinem Betriebe beschäftigt, hat den Arbeitern den Fabrikraum, die Maschinen und die Rohstoffe zu stellen, sowie die nötigen Anweisungen zu geben, damit die Arbeit geleistet und dadurch der Vertrag erfüllt werden kann. Des Arbeiters Beitrag zur Erfüllung besteht darin, daß er pünktlich in arbeitsfähigem Zustande an der Arbeitsstelle erscheint und die Arbeit an den ihm gestellten Maschinen leistet. Beschäftigt derselbe Unternehmer dagegen Heimarbeiter und ist vereinbart, daß sie die Arbeitsgeräte selbst zu stellen haben, so beschränkt sich seine Mitwirkung darauf, den Arbeitern die Rohstoffe zu stellen. Alles übrige, nämlich den Arbeitsraum, die Geräte und die Bearbeitung der Rohstoffe haben die Arbeiter zur Erfüllung beizutragen.

Allgemein gesprochen: Hatte nach den Bestimmungen des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages der Gläubiger das Arbeitsobjekt, das Substrat der schuldnerischen Tätigkeit zu stellen, so trägt e r dessen Gefahr. Er kommt in Gläubigerverzug, wenn er es, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht stellen kann. Denn dem Schuldner wäre die Bewirkung der Leistung möglich gewesen, wenn er, der Gläubiger das Substrat, dessen Verschaffung er zur Erfüllung beizutragen hatte, gestellt hätte. Hatte dagegen nach den Bestimmungen des Vertrages der Schuldner das Arbeitsobjekt zu stellen, so trägt der S c h u l d n e r dessen Gefahr. Seine Leistung wird unmöglich, wenn er es nicht stellen kann. Denn ihm wäre auch unter Voraussetzung der bereits erfolgten, etwa noch dem Gläubiger

---

[1]) a. a. O. S. 450.
[2]) a. a. O. S. 450.

obliegenden Mitwirkung (z. B. der Gläubiger hatte Anweisungen zu geben) die Erfüllung unmöglich.

Die Trautmannsche Formel gestattet also nach Feststellung der Vereinbarungen der Parteien über die beiderseitige Mitwirkung, eine scharfe und sichere Abgrenzung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit.

Trautmann begründet seine Aufstellung mit der gesetzlichen Regelung des Annahmeverzuges, wie der Unmöglichkeit [1]).

Soweit die Unmöglichkeitslehre die Folgen der unverschuldeten Unmöglichkeit, des Zufalls, regele, mildere sie die Gefahr der Leistungsverpflichtung, indem sie den Schuldner von der Leistung frei werden lasse (§§ 323, 275). Es finde sich hier eine Abweichung von dem Grundsatze, daß eine versprochene Leistung erbracht werden muß. Der Schaden, mit anderen Worten, die Tragung der Gefahr der zufällig unmöglich gewordenen Leistung werde auf beide Parteien verteilt, da einerseits der Gläubiger die Leistung nicht mehr verlangen könne, andererseits der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliere.

Beim Gläubigerverzuge dagegen sei keine gesetzliche Regelung der Folgen der Unmöglichkeit der vom Gläubiger zu leistenden Mitwirkungshandlung getroffen. Hier gelte der allgemeine Grundsatz, daß eine versprochene Leistung erbracht werden müsse. Daher trage hier der Gläubiger allein die Gefahr des Zufalls. Es trete keinerlei Milderung der Verzugsfolgen oder Verteilung des Schadens ein. Der Gläubiger bleibe zur Gegenleistung verpflichtet, wenn er die ihm obliegenden, zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Mitwirkungshandlungen nicht vornehmen kann.

Weiterhin legt Trautmann [2]) zur Begründung seiner Theorie den § 294, nach dem der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anbieten muß, dahin aus, daß der Schuldner die Leistung nur so, wie sie zu bewirken ist, anbieten müsse. Der Schuldner sei nur insoweit verpflichtet, als er sich vertragsmäßig gebunden habe. Ist der Gläubiger nach dem Inhalt des Vertrages zu Mitwirkungshandlungen verpflichtet, so gehe die Abrede über die Schuldnerpflicht nach den Willen der Parteien nur dahin, daß der Schuldner zur Erfüllung des Schuldverhältnisses nur das ihm vertragsmäßig Obliegende zu leisten habe.

Diesen Ausführungen Trautmanns ist vorbehaltlos zuzustimmen. Darüber hinaus ergibt sich die Richtigkeit der Trautmannschen Begriffsbestimmung der Leistung und folgeweise der Unmöglichkeit der Leistung aus folgenden Erwägungen.

Wenn Trautmann unter Leistung des Schuldners denjenigen Teil der Erfüllung versteht, den der Schuldner nach den Be-

---

[1]) Trautmann a. a. O. S. 451, 452.
[2]) Trautmann a. a. O. S. 455.

stimmungen des jeweiligen Schuldverhältnisses zu dessen Lösung beizutragen hat, so verlangt er von dem Schuldner genau das gleiche, was die Motive für die Tätigkeit des Schuldners beim tatsächlichen Angebot der Leistung (§ 294), das ja bei Nichtannahme des Gläubigers den Gläubigerverzug begründet, erfordern. Der in der vorliegenden Schrift schon an anderer Stelle erwähnte Satz lautet [1]): „Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt und welche, wenn der Gläubiger der aus der konkreten Obligation sich für ihn ergebenden Mitwirkungshandlung entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt'. Und an anderer Stelle erklären die Motive [2]) eigens für den Arbeitsvertrag ausdrücklich, der Arbeitgeber komme schon dann in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer sich zur Leistung erbietet, persönlich dazu imstande ist (das ist dasjenige, was der Schuldner im Sinne Trautmanns zur Erfüllung beizutragen hat), der Arbeitgeber aber das Arbeitsobjekt nicht bereitstellt. (Das Bereitstellen des Objekts ist das, was der Gläubiger im Sinne Trautmanns zur Erfüllung beizutragen hat.) Daraus folgt, daß auch die Motive unter Leistung nicht Erfüllung, sondern den dem Schuldner zur Erfüllung obliegenden Beitrag verstehen. Als weiteres Beweismittel für die Richtigkeit der Trautmannschen Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung ist § 299 anzuführen, der schon auf Seite 9 und 10 zur Widerlegung des früher herrschenden Leistungsbegriffes herangezogen worden ist. Aus diesem Paragraphen ergibt sich, — wie oben [3]) dargetan ist, — daß Annahmenverzug auch dann eintritt, wenn der Gläubiger die ihm obliegende zur Bewirkung der Leistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornehmen kann. Das sind gerade die Fälle, in denen Trautmann die Leistung des Schuldners als möglich ansieht und Annahmeverzug eintreten läßt vorausgesetzt immer, daß der Schuldner die von ihm zu erbringenden Voraussetzungen für die Bewirkung der Leistung erfüllt, sodaß das Unterbleiben der Erfüllung lediglich durch das Fehlen der Mitwirkung des Gläubigers verursacht wird.

Weiter ergibt sich die Unanfechtbarkeit des Trautmannschen Leistungsbegriffes aus § 297 BGB., der, wie schon oben [4]) angeführt ist, für den Eintritt des Gläubigerverzuges verlangt, daß der Schuldner zur Zeit des Angebotes oder zu der für die Mitwirkungshandlung des Gläubigers bestimmten Zeit imstande ist, die Leistung zu bewirken. Dieses Imstandeseinmüssen des Schuldners bedeutet, — wie oben dargetan [5]) — die Leistung des Schuldners muß möglich sein. Wann ist nun der Schuldner im

---

[1]) Mot. Bd. II, S. 69.
[2]) Mot. Bd. II, S. 461.
[3]) Seite 9, 10.
[4]) Seite 8.
[5]) Seite 8.

Sinne des § 297 zur Leistung imstande, wann ist seine Leistung möglich? § 297 lautet nicht dahin, der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn die Bewirkung der Leistung, die Erfüllung, unmöglich ist, sondern es heißt, der Gläubiger kommt dann nicht in Verzug, wenn der Schuldner seinerseits außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Würde man auf Grund dieses Paragraphen die Möglichkeit der Bewirkung der Leistung für den Eintritt des Annahmeverzuges verlangen, so würde man außer der Möglichkeit der schuldnerischen Leistung noch die Möglichkeit der Mitwirkungshandlung des Gläubigers verlangen. Eine solche Auslegung des § 297 verlangte mehr, als er vorschreibt, denn der Ausdruck „imstandesein" wird nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches, das ihn häufig verwendet [1]), stets zur Bezeichnung persönlicher Verhältnisse verwendet. Daher bedeutet „imstandesein", und damit Möglichkeit der Leistung, Leistungsfähigkeit des Schuldners nach Maßgabe seiner persönlichen Verhältnisse und seines Rechtskreises, bei deren Feststellung alle außerhalb seines Rechtskreises liegenden Voraussetzungen der Erfüllung auszuscheiden sind. Dieses Erfordernis der persönlichen Fähigkeit des Schuldners zur Erfüllung, das demnach § 297 unter Loslösung von der Gläubigermitwirkung einzig und allein für den Eintritt des Annahmeverzuges aufstellt, stimmt mit der Trautmannschen Abgrenzung des Verzuges von der Unmöglichkeit überein.

All diese hier angestellten Erwägungen sprechen für die Richtigkeit der Theorie Trautmanns. Sie hat sich denn auch durchgesetzt und kann als heute herrschend bezeichnet werden [2])

§ 5.

Es bleiben noch einige Nebenfragen zu erwähnen.

Wie sind Fälle zu entscheiden, in denen n a c h dem Eintritt des Annahmeverzuges die Leistung unmöglich wird? Z. B. der Unternehmer kann einen Arbeiter nicht beschäftigen, weil die Maschine, die dieser bedienen soll, zur Reparatur gegeben ist, und ist dadurch in Annahmeverzug gekommen. Noch bevor die Maschine wieder betriebsfähig wird, wird der Arbeiter durch einen Unfall für voraussichtlich längere Zeit arbeitsunfähig.

Die Lösung ergibt sich aus dem oben erwiesenen Satze, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung sich ausschließen. Mit dem Augenblick, in dem die Unmöglichkeit der

---

[1]) Z. B. in den §§ 371, 487, 507, 519, 545, 528, 1360, 1578, 1579, 1602, 1603, 1609, 1620, 1963, 2021, 2170 und 2288.

[2]) Angeschlossen haben sich als erste Örtmann 1918 in Arch. f. ziv. Prax. Band 116, S. 1 ff., bes. S. 24 u. Titze 1918 in Ehrenbergs Handbuch Bd. 2, S. 744, ferner u. a. Krückmann, Unmöglichkeit d. Leistg. u. Annahmeverzug a. a. O. Sp. 14/15. Koffka, a. a. O. Sp. 645. K. G. Urt. v. 16. 12. 1922 a. a. O. S. 942. Funke a. a. O. S. 324. Höniger a. a. O. S. 1704. L. G. I, Bln. Urt. v. 6. 10. 1919, a. a. O. S. 504. L. G. Köln, Urt. v. 7. 12. 1923, a. a. O. S. 300. Freund a. a. O. S. 766.

Leistung eintritt, endet der Annahmeverzug [1]), und zwar auch dann, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat [2]); z. B. der Arbeiter wird in dem obigen Beispiel arbeitsunfähig, weil ihn der Unternehmer schuldhaft verletzt hat. Da nach § 300 der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, so sind die Fälle des § 325, in denen der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, erheblich eingeschränkt. Trifft den Schuldner weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit, so behält er gemäß § 324 Abs. 2 stets den Anspruch auf die Gegenleistung, also auch dann, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte, wie etwa in dem erstgebildeten Beispiel, ja sogar, wenn er, der Schuldner, den Eintritt der Unmöglichkeit durch leichte Fahrlässigkeit verschuldet hatte, z. B. der Unfall in dem obigen Beispiel war dadurch entstanden, daß der Arbeiter mit dem Fahrrade aus Unachtsamkeit in einen Kraftwagen hineinfuhr.

Weiterhin erhebt sich die Frage, in welchen Fällen der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners zu vertreten habe. Diese Frage ist von weitreichender Bedeutung: hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit zu vertreten, so behält gemäß § 324 der Arbeitnehmer den Anspruch auf den Lohn. Hat er sie nicht zu vertreten, so verliert der Arbeitnehmer nach § 323 jeden Anspruch.

Nach Ansicht von Kisch [3]) ist die Frage, ob der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten habe, nicht nach den §§ 276 ff. zu beurteilen, weil § 276 nur die Umstände bestimmt, die der Schuldner grundsätzlich zu vertreten hat. Er zählt dann kasuistisch eine Reihe von Fällen auf [4]), in denen der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten habe, darunter auch solche, in denen den Gläubiger keine Schuld trifft [5]).

Demgegenüber weist Titze [6]) zutreffend darauf hin, daß ebenso wie man bei Begriffsbestimmung der außervertraglichen culpa auf § 276 zurückgreife, die Frage nach der Verantwortlichkeit des Gläubigers im gegebenen Falle nach den in diesem Paragraphen ausgedrückten Prinzipien zu behandeln sei.

Man kann den vom Gesetze nicht erklärten Begriff des zu vertretenden Umstandes dadurch finden, daß man von seinem Gegensatze ausgeht und den Begriff des nicht zu vertretenden Umstandes klarstellt. Man ist darüber einig, daß unter dem

---

1) Ebenso Schulz S. 40 u. Titze i. Ehrenberg S. 746.
2) Ebenso Lotmar S. 301.
3) Kisch „Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit" S. 72 ff.
4) Kisch a. a. O. S. 72—77.
5) Z. B. die Mitwirkungshandlung des Gläubigers ist für ihn wegen subjektiver Hindernisse unmöglich. (Nach Kisch ist hier die Leistung unmöglich, weil er von dem oben widerlegten Leistungsbegriff ausgeht.)
6) In Kritik über Kisch „Die Wirkungen der nachträgl. eintretenden Unmöglichkeit" a. a. O. S. 364.

Unmöglichwerden infolge eines von keiner Partei zu vertretenden Umstandes in § 323 grundsätzlich das durch Zufall bewirkte Unmöglichwerden der Leistung zu verstehen ist. Hat also der Gläubiger als der „andere Teil" im § 323 die zufällig eingetretene Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so folgt daraus, daß er die Unmöglichkeit zu vertreten hat, wenn sie nicht durch Zufall eingetreten ist. Da Zufall solche Ereignisse sind, die nicht auf Verschulden zurückzuführen sind, so ist die nicht durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit eben die verschuldete Unmöglichkeit. Der Gläubiger hat also die Unmöglichkeit zu vertreten, wenn er sie verschuldet hat [1]). Hat z. B. der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in seinem Kraftwagen, den er selbst steuert, auf eine Geschäftsreise mitgenommen, so behält der Arbeitnehmer, wenn er durch Zusammenstoß mit einem anderen Wagen verletzt und längere Zeit arbeitsunfähig wird, den Lohnanspruch gemäß § 324 nur dann, wenn der Arbeitgeber den Zusammenstoß verschuldet hat. Trifft ihn kein Verschulden, dann verliert der Arbeitnehmer nach § 323 den Lohnanspruch, obwohl der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Leistung jedenfalls verursacht hat.

Endlich ist noch die Tragweite des § 616 zu erörtern.

Nach § 616 behält der Arbeitnehmer ausnahmsweise den Lohnanspruch, obwohl er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert ist, sofern die Verhinderung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit dauert und ihn kein Verschulden trifft.

Es ist zu prüfen, ob diese Vorschrift im Wege der Analogie auf den Fall der Verhinderung auf verhältnismäßig unerhebliche Zeit auszudehnen ist, in dem der Grund der Verhinderung nicht gerade in der Person des Arbeitnehmers liegt, ohne daß Annahmeverzug des Arbeitgebers vorläge. Z. B. ein Angestellter, der in 30 km Entfernung von der Fabrik wohnt und sie mit Hilfe der Eisenbahn erreicht, kann infolge Verkehrssperre drei Tage nicht zum Dienst erscheinen.

Nach Ansicht Dernburgs [2]) und Krahmers [3]) ist in solchen Fällen § 616 analog anzuwenden. Wenn der Arbeitnehmer den Anspruch sogar in Fällen einer in seiner Person liegenden zeitweiligen Behinderung behalte, müsse er ihn argumento a maiore ad minus um so sicherer behalten, wenn die zeitweilige Verhinderung durch ein außerhalb seiner Person liegendes Ereignis eintrat.

Indessen dürfte Dernburg und Krahmer nicht beizupflichten sein [4]). Der § 616 ist strikt zu interpretieren. Denn § 616 ist Ausnahmerecht und Ausnahmen dürfen nicht durch analoge Anwendung auf andere Fälle ausgedehnt werden, weil die Ausnahme

---

1) Ebenso Lotmar a. a. O. S. 264.
2) Dernburg. Die Schuldverhältnisse a. a. O. S. 479.
3) Krahmer, a. a. O. S. 130.
4) Gegen Dernburg auch Lotmar a. a. O. S. 276 und Örtmann „Deutsches Arbeitsvertragsrecht" a. a. O. S. 166.

eben Ausnahme bleiben soll. Außer diesem rechtlichen ist noch ein sozialer Grund gegen eine analoge Anwendung anzuführen. Bei den Hinderungsgründen, die außerhalb der Person des Arbeitnehmers liegen, handelt es sich häufig um Massenerscheinungen, von denen sämtliche Arbeitnehmer eines Betriebes betroffen werden. Z. B. Verkehrssperre. Wollte man hier den Arbeitgeber zur Lohnzahlung zwingen, so würde ihn diese Belastung, wenn sie auch nur für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche" Zeit eintritt, viel härter treffen, als wenn er nur an einzelne zu zahlen hat, wie es § 616 vorsieht.

§ 6.

Nach Erörterung dieser Nebenfragen ist die Trautmannsche Theorie, nachdem oben ihre Richtigkeit nachgewiesen ist, in ihren praktischen Auswirkungen darzustellen.

Dabei ergibt sich, daß sie zu weit brauchbareren und billigeren praktischen Ergebnissen führt, als die oben widerlegte Meinung, die den Begriff der Leistung mit dem der Erfüllung identifizierte.

Nach letzterer trat Unmöglichkeit der Leistung ein, wenn die Fabrik abbrannte, wenn sie infolge behördlicher Anordnung geschlossen wurde, wenn die Fabrikräume und Maschinen einer Reparatur unterzogen werden mußten oder wenn infolge Rohrbruchs oder Explosion der Betrieb stillgelegt werden mußte. Hier verloren die Arbeitnehmer den Lohnanspruch. Ebenso war zu entscheiden, wenn wegen der Einflüsse der Witterung und Natur z. B. Regen, Blitzschlag, Frost, gefeiert werden mußte, oder wenn wegen Kabelbrandes in dem stromliefernden Elektrizitätswerk die Stromzufuhr ausetzte, und deswegen der Betrieb stillstand. In all diesen Fällen tritt nach der Trautmannschen Theorie Annahmeverzug ein, weil dem Arbeitnehmer unter der Voraussetzung, daß der Arbeitgeber seine vertragsmäßige Mitwirkung durch Bereitstellung der Räume, Maschinen und Rohstoffe vorgenommen hätte, die Leistung sehr wohl möglich gewesen wäre.

Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Billigkeit. Hatte der Arbeitgeber nach dem Vertrage das Arbeitssubstrat zu stellen, so ist er auch dafür verantwortlich; er soll die Gefahr des eigenen Betriebskreises tragen. Denn dieser liegt ausschließlich im Einwirkungsbereich des Arbeitgebers, während der Arbeitnehmer auf ihn keinen Einfluß nehmen kann.

Umgekehrt soll der Arbeitnehmer, wenn er nach dem Vertrage das Arbeitssubstrat zu stellen hatte — ein Fall, der beim Arbeitsvertrage weit weniger häufig vorkommt als der erste — z. B. der Heimwerker hat Arbeitsräume und Arbeitsgerät zu stellen, auch dafür verantwortlich sein. Denn geht jetzt das Arbeitssubstrat unter oder wird es untauglich, so entsteht das Leistungshindernis im Einflußbereich des Arbeitnehmers, auf den der Arbeitgeber keine Einwirkungsmöglichkeit hat.

Die Ergebnisse der Trautmannschen Theorie sind aber auch befriedigender, als die der ursprünglichen Theorie Titzes von den Voraussetzungen der schuldnerischen Tätigkeit und der abstrakten Möglichkeit.

Nach dieser Theorie waren wesensverwandte Fälle verschieden zu entscheiden. Konnte der Küfer, der zum Abziehen eines Fasses bestellt war, seine Tätigkeit nicht ausführen, weil der Keller des Arbeitgebers verschlossen war, so behielt er seinen Anspruch. Denn beide Voraussetzungen seiner Tätigkeit, er selbst als arbeitsfähiger, gelernter Küfer und das abzuziehende Faß als Substrat, waren in abstracto vorhanden, und der Gläubiger hatte nur durch Nichtöffnen des Kellers unterlassen, zwischen ihnen die Beziehungen herzustellen, die notwendig gewesen wären, um die Möglichkeit zur Wirklichkeit werden zu lassen. War dagegen das Faß ausgelaufen, so erhielt der Küfer nichts, weil das Substrat seiner Tätigkeit weggefallen war. Das Ungerechtfertigte dieser verschiedenartigen Behandlung zweier fast gleichliegender Fälle ist offensichtlich. In beiden Fällen lag das entscheidende Ereignis im Machtbereiche des Gläubigers, auf den der Küfer keinen Einfluß hatte. In beiden Fällen war der Küfer bereit und persönlich fähig, seine Arbeit zu leisten und trotz dessen soll er ganz verschiedenartig behandelt werden! Die Theorie Trautmanns dagegen behandelt beide wesensverwandten Fälle durchaus gleichartig. Es liegt in beiden Fällen Annahmeverzug vor, weil der Gläubiger nach dem Vertrage das Faß bereitzustellen hatte und dem Küfer die Erfüllung durchaus möglich war, wenn der Gläubiger diese ihm obliegende Mitwirkungshandlung geleistet hätte.

Nun ergibt freilich die folgerichtige Durchführung der Theorie Trautmanns unter Umständen nicht zu rechtfertigende Härten für den Arbeitgeber. Ist im Zeitalter einer langandauernden Wirtschaftsdepression der Kampf um die Erhaltung und wirtschaftliche Gestaltung des Betriebes an sich schon äußerst schwer, so ist, seitdem die Arbeitnehmerschaft straff in machtvollen wirtschaftlichen Kampfverbänden organisiert ist und großen politischen Einfluß erlangt hat, der Arbeitgeber keineswegs immer der wirtschaftlich Stärkere. Das Schlagwort von den „politischen Löhnen" deutet an, daß in der Gegenwart häufig ganz andere als rein volkswirtschaftliche, die Förderung des Volks- und Wirtschaftsganzen erstrebende Gesichtspunkte bei der Gestaltung der Lohnhöhe maßgebend sind. Zudem endet — wie die Statistik nachweist — ein erheblicher Prozentsatz der Wirtschaftskämpfe mit dem Siege der Gewerkschaften. Soll z. B. der Arbeitgeber, gegen den ein Teil seiner Arbeiterschaft Kampfmittel anwendet, noch zur Lohnzahlung gezwungen sein? Die Trautmannsche Theorie führt zu den juristisch richtigen aber offenbar unbilligen Ergebnis, daß in den Fällen eines Teilstreiks, durch den ein häufig ganz geringer Teil der Belegschaft den Betrieb etwa mittels Abbruchs der Stromversorgung stillgelegt

hat, der Arbeitgeber an den arbeitswilligen Teil der Belegschaft den Lohn zahlen muß. Denn er hatte zur Vertragserfüllung durch Stellung betriebsfähiger Maschinen mitzuwirken, und den Arbeitswilligen wäre die Bewirkung der Leistung, nämlich die Ableistung der Arbeit, sehr wohl möglich gewesen, wenn er die ihm obliegende Handlung vorgenommen hätte. Ebenso müßte er den Lohn an die ganze abeitswillige Belegschaft zahlen, wenn sein Werk durch auswärtigen Streik stillgelegt wird, weil es nicht mehr mit Strom beliefert werden kann. Ebenso, wenn er etwa wegen Bestreikung seines Lieferanten nicht rechtzeitig Rohstoffe beziehen kann und deswegen vorübergehend feiern muß, bis er sich anderweit eingedeckt hat. Ebenso, wenn durch Sabotageakte radikaler betriebsangehöriger oder betriebsfremder Arbeitergruppen wichtige Maschinen unbrauchbar werden, ohne die nicht gearbeitet werden kann. Ebenso, wenn sämtliche Betriebe eines ganzen Landstrichs oder Berufszweiges aus irgendwelchen Gründen z. B. Rohstoffmangel feiern müssen, (der Tatbestand, der bei Behandlung der Frage der Verteilung des sogenannten generellen Betriebsrisikos zugrunde gelegt wird).

In all diesen Fällen gerät der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitswilligen in Gläubigerverzug und müßte demnach zahlen.

Ein solches Ergebnis wäre aber rechtspolitisch nicht tragbar. Abgesehen davon, daß dem Arbeitgeber, auch wenn er sehr leistungsfähig ist, nicht zugemutet werden kann, in Fällen, in denen ein Teil der Belegschaft oder auswärtige Arbeiter Kampfmaßnahmen gegen ihn direkt oder durch Bestreikung fremder Betriebe indirekt durchführen, und ihn auf diese Weise schwer schädigen, in seiner ohnehin bedrängten Lage große Summen für Bezahlung nichtgeleisteter Arbeit womöglich aus privaten Mitteln aufzuwenden, wäre es auch vom Gesichtspunkt der Gesamtwirtschaft aus verfehlt, an der Zahlungspflicht des Unternehmers festzuhalten. Muß der Unternehmer große Mittel aufwenden, ohne einen Gegenwert zu erhalten, so wird er gezwungen sein, diese Gelder demnächst durch Erzwingung von Lohnsenkungen, durch Preisaufschläge, Verschlechterung seiner Produkte oder Verringerung der Belegschaft wieder hereinzubringen. Die unerwünschten Folgen solcher Maßnahmen für die Gesamtwirtschaft bedürfen keiner weiteren Darlegung. War endlich das Unternehmen an sich schon leistungsschwach, dann kann die doppelte Belastung — Inanspruchnahme durch Lohnzahlungen für nichtgeleistete Arbeit, Inanspruchnahme wegen Nichterfüllung der eigenen Lieferungsverpflichtungen, dazu Unmöglichkeit, weiter zu produzieren und durch Absatz dieser Produkte Gelder hereinzubekommen — dazu führen, daß der Unternehmer zu hohe Kredite aufnehmen muß, die Zinsen aus dem Betriebe nicht mehr aufbringen kann und so der Betrieb zugrunde geht. Die überaus schädlichen Folgen derartiger Zusammenbrüche für die Wirtschaft bedürfen ebenfalls keiner Erörterung.

Theorien über die Befreiung des Arbeitgebers von der Lohnzahlungspflicht bei Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer und in den Fällen des generellen Betriebsrisikos.

In der Erkenntnis der Notwendigkeit aus den vorgenannten Gründen den Arbeitgeber in derartigen Fällen von seiner Zahlungspflicht zu befreien, sind mannigfache Versuche gemacht worden, die Verneinung der Zahlungspflicht juristisch zu begründen.

§ 7.

Kaskel [1]) meint, die durch die romanistische Betrachtungsweise des Arbeitsvertrages als Unterfalles der Miete hervorgerufene Anschauung, die Beschaffung der Substrate durch den Arbeitgeber stelle lediglich eine Mitwirkungshandlung dar, sei falsch. Vielmehr bestehe eine Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Beschaffung der Substrate, die vom Gsetz als selbstverständlich vorausgesetzt werde. Der Arbeitgeber sei dem Arbeitnehmer

1. zur Beschaffung eines normal funktionierenden Betriebes verpflichtet und habe
2. die Pflicht zur Lieferung von Werkzeugen und Stoffen und
3. die Pflicht zur Uebertragung von Arbeit.

Die sich aus dem Arbeitsvertrage für beide Vertragsparteien ergebenden Pflichten seien zeitlich und logisch von einander abhängig. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Beschaffung des Arbeitssubstrats sei zeitlich die erste. Hierauf folge die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und an zeitlich dritter Stelle entstehe die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnzahlung. Da diese drei Pflichten auch logisch voneinander abhängig seien, sei die Bewirkung der zeitlich früheren Leistung zwingende Voraussetzung für die Bewirkung der zeitlich späteren Leistung. Daher werde mit dem Unterbleiben der Beschaffung des Arbeitssubstrats als der zwingenden Voraussetzung der Arbeitsleistung diese ihrerseits unmöglich. [2]). War die Beschaffung des Arbeitssubstrats ohne Verschulden des Arbeitgebers unmöglich, etwa bei Teilstreik, auswärtigem Streik, Sabotageakten, so ist also nach Kaskel § 323 für die angebliche Verpflichtung des Unternehmers gegeben. Dann wird die Arbeitsleistung infolge eines Umstandes unmöglich, den keine der Parteien zu vertreten hat — den Arbeitgeber trifft ja keine Schuld an der Nichtbeschaffung des Arbeitssubstrats als der Voraussetzung der Arbeitsleistung — und der Arbeitnehmer verliert gemäß § 323 den Lohnanspruch. Auf diese Weise wird die Pflicht des Arbeitgebers

---

[1]) Kaskel: Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen a. a. O. Sp. 1 ff. Er stellt die Lehre vom Leistungsverzuge des Arbeitgebers auch in seinem Lehrbuch „Arbeitsrecht" S. 89 f auf.

[2]) Kaskel a. a. O. S. 11.

zur Weiterzahlung des Lohnes davon abhängig gemacht, ob ihn an der Einstellung des Betriebes ein Verschulden trifft oder nicht, und er wird in all den auf Seite 21/22 angeführten Fällen, deren Entscheidung nach der Trautmannschen Formel untragbar wäre, von der Lohnzahlungspflicht befreit. So glücklich nun die Lösung in rechtspolitischer Hinsicht ist,[1]) vor allem auch, weil das Verschuldungsprinzip angewendet wird, das, soweit es sich um Schuldnerpflichten handelt, — und Kaskel faßt ja die Bereitstellung des Arbeitssubstrats nicht als Gläubigermitwirkung, sondern als Schuldnerverpflichtung auf — als das grundsätzlich gerechteste anerkannt werden muß, so unhaltbar ist die juristische Konstruktion, die denn auch zu einer einmütigen Ablehnung dieser Theorie durch Wissenschaft und Rechtsprechung geführt hat[2]).

Denn die Grundlage dieser Konstruktion ist die Auffassung, die Beschaffung des Arbeitssubstrats sei eine im Arbeitsvertrage wurzelnde Verpflichtung des Arbeitgebers als Schuldner. Dann müßte aber der Arbeitnehmer einen erzwingbaren obligatorischen Anspruch auf Arbeit und Gewährung der Produktionsmittel haben[3]). Das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf Arbeit, und kennt infolgedessen auch keinen Anspruch auf Gewährung des Arbeitssubstrats. Auch die Reichsverfassung enthält keinen Anspruch auf Uebertragung von Arbeit. Denn der Satz des Art. 163 Abs. 2 „Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben", ist anerkanntermaßen lediglich programmatischer Natur[4]). Eine Rechtspflicht zur Stellung eines ordnungsmäßig funktionierenden Betriebes kann auch nicht aus den §§ 617, 618 BGB. gefolgert werden. Denn die dort genannten Verpflichtungen werden dem Arbeitgeber nur auferlegt, w e n n er Räume und Gerätschaften zur Verfügung zu stellen hat. § 618 sagt aber keineswegs, daß der Arbeitgeber grundsätzlich dazu verpflichtet sei.

Bei einzelnen Vertragstypen freilich besteht nach ihrer besonderen Eigenart ein Recht auf Beschäftigung und folgeweise ein Anspruch auf Stellung der Substrate, die ja die Voraussetzung für die Ausübung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit ist. Z. B. hat in der Regel der Schauspieler einen Anspruch auf Beschäftigung und Stellung der Bühne, weil seine künstlerischen Fähigkeiten bei längerer Untätigkeit sich nicht entwickeln könnten und er deshalb ein besonders schutzwürdiges Interesse an häufigem Auftreten hat. Aber solche Fälle eines Rechts auf

---

[1]) Auch Groh, a. a. O. S. 170, Anm. 37 will sie de lege ferenda beachtet wissen.

[2]) Dagegen z. B. Simson a. a. O. S. 8—10. R. G. Z., Urt. v. 6. 2. 1923, a. a. O. S. 274. L. G. I, Berlin, Urt. v. 6. 3. 1922, a. a. O. S. 9. Örtmann, Komm. z. BGB. a. a. O. S. 920, sowie ders. „Lohnanspruch d. Arbeitswilligen" a. a. O. Sp. 461—74.

[3]) Ebenso Strunden a. a. O. S. 403.

[4]) Vgl. Anschütz a. a. O. S. 417 zu 3.

Beschäftigung sind Ausnahmen und müssen es auch in der privatkapitalistischen Wirtschaftsordnung bleiben, worauf Strunden [1]) zutreffend hinweist, weil sonst das dem Privatunternehmer allein zustehende Verfügungsrecht über die Produktionsmittel zu stark beschnitten werden würde.

Scheitert also die Theorie Kaskels schon daran, daß die geltende Rechtsordnung einen privatrechtlichen Anspruch auf Arbeit grundsätzlich nicht zubilligt, so würde außerdem, selbst wenn ein solcher Anspruch auf Arbeit bestände, die Schuldnerstellung des Arbeitgebers ihm nichts von seiner Gläubigerposition nehmen. Ihm verbliebe der Anspruch auf Leistung der Arbeit und es würde daher gleichzeitig der vom Verschulden unabhängige Annahmeverzug eintreten, womit das Bestreben Kaskels, den Arbeitgeber bei schuldloser Nichtstellung der Substrate von der Lohnzahlung zu befreien, vereitelt würde. [2])

§ 8.

Auf andere Weise will Krückmann [3]) in Fällen von Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber helfen. Er geht von einem Leistungs- und Unmöglichkeitsbegriff aus, der inhaltlich dem Trautmannschen gleichkommt. Unmöglichkeit liege nur vor, wenn die Leistungshandlung unmöglich sei, was nur von der Person des Schuldners aus zu beurteilen sei. Verfüge der Schuldner über die Kraft, das Vermögen, die nötig sind, um die versprochenen Veränderungen in der Außenwelt hervorzurufen, so sei die Leistung an sich möglich und damit auch im Rechtssinne möglich. Auch Trautmann beurteilt die Möglichkeit der Leistung ausschließlich von der Person des Schuldners aus, wenn er sagt, daß Leistung der Teil der Erfüllung sei, den der Schuldner nach den Bestimmungen des jeweiligen Vertrages zu ihr beizutragen habe. Insoweit ist also Krückmann zuzustimmen.

Da Krückmann auf Grund seines Leistungsbegriffes in allen Fällen von Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer ebenso wie Trautmann zum Annahmeverzuge zu Gunsten der Arbeitswilligen gelangt, will er in Fällen des Teilstreiks [4]) den Arbeitgeber dadurch befreien, daß er annimmt, die Annahme der Leistung der Arbeitswilligen sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar [5]). Der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung entspreche eine Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Annahme, eine Unzumutbarkeit der Rechtsausübung, auf die die Befreiung des Arbeitgebers von der Lohnzahlungspflicht unmittelbar zurückzuführen sei.

---

1) Strunden a. a. O. S. 403 ff.
2) Ebenso Simson a. a. O. S. 10 u. Örtmann Komm. a. a. O. S. 921.
3) Krückmann: Unmöglichkeit d. Leistg. u. Annahmeverzug a. a. O. Sp. 16—18.
4) Er macht seine Ausführung i. Bespr. d. Urt. d. R. G. v. 6. 2. 1923, das ausschl. den Fall der Teilstreiks entscheidet.
5) a. a. O. Sp. 17.

Diese Aufstellung muß daran scheitern, daß dem BGB. ein Annahmeverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Annahme unbekannt ist. Das Gesetz kennt nur eine Befreiung des Schuldners von seinen Verpflichtungen wegen Unzumutbarkeit der Schuldnerleistung. § 242. Da die Annahme lediglich ein Recht des Gläubigers ist, von dem er nach seinem Belieben Gebrauch machen kann oder nicht, erscheint auch die Gewährung eines besonderen Annahmeverweigerungsrechtes wegen Unzumutbarkeit der Annahme überflüssig. Der Gläubiger braucht nicht anzunehmen, wenn er nicht will. Nimmt er aber nicht an, so müssen seine Verpflichtungen aus seiner Eigenschaft als Schuldner beim gegenseitigen Vertrage hiervon unberührt bleiben.

§ 9.

Ganz andere Gesichtspunkte zieht Titze heran, um dem Arbeitgeber zu helfen. Nachdem er, wie schon erwähnt, im Jahre 1918 [1]) die Trautmannsche Theorie gutgeheißen hatte, hat er in einem Aufsatze „Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis“ [2]) vier Jahre später eine zum Teil von Trautmanns Ergebnissen abweichende Ansicht entwickelt.

Er bespricht zunächst die Frage des Teilstreiks [3]) und äußert dazu folgendes:

Welches Maß von Mitwirkung der Gläubiger aufbringen müsse, bestimme sich nach dem Inhalt des jeweiligen Vertrages, und dieser richte sich nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung. Bei Vorliegen eines Teilstreiks könne man nicht sagen, daß der Unternehmer eine nach dem Vertrage von ihm zu erwartende Mitwirkung bei der Beschaffung des Arbeitssubstrats verabsäumt habe und sich deswegen im Annahmeverzuge befinde. Vielmehr sei es Sache der Arbeitnehmerschaft als organisierte und gleich mächtige Vertragspartei, dafür zu sorgen, daß der Fortgang des Betriebes nicht durch Streiks gestört werde, wenn sie diesen Fortgang überhaupt wünsche. Die Arbeiterschaft müsse die von ihr selbst betonte Solidarität auch gegen sich gelten lassen, wenn Arbeitergruppen durch Teilstreik den ganzen Betrieb stillegen. Es entspreche dem Gleichgewicht der Kräfte, das zwischen Arbeitgeber und den Organisationen der Arbeitnehmer bestehe, bei Betriebsstockung durch Teilstreik nicht Annahmeverzug, sondern Unmöglichkeit anzunehmen. Dies müsse auch gelten, wenn ein betriebsfremder Streik den Betrieb stillege.

Hier zeigt sich eine ganz neue Betrachtungsweise der Dinge: Der Solidaritätsgedanke, der auch von Örtmann [4]) und

---

[1]) In Ehrenbergs Handbuch S. 744.
[2]) In J. W. 1922. S. 549 ff.
[3]) a. a. O. S. 550.
[4]) Örtmann, Deutsch. Arbeitsvertragsrecht a. a. O. S. 171.

dem Reichsarbeitsgericht [1]) vertreten wird, und insbesondere von Simson [2]) ausführlich dargestellt worden ist, wird herangezogen. Die Kritik dieses Gedankens bleibt zweckmäßig der Besprechung der Ansicht Simsons weiter unten vorbehalten.

Zu den weiteren Ausführungen Titzes ist folgendes zu sagen: Titze hat zwar Recht, wenn er zur Begründung seiner auf Unmöglichkeit der Leistung lautenden Entscheidung anführt: „Verpflichtet man den Arbeitgeber grundsätzlich bei einem Teilstreik den Arbeitswilligen den Lohn weiterzuzahlen, so verpflichtet man ihn, den Teilstreik mittelbar zu finanzieren und den Wirtschaftskampf der Arbeiter gegen sich selbst zu stützen." Indessen ist es falsch, in solchen Fällen des Teilstreiks die Leistung der Arbeitswilligen als unmöglich zu bezeichnen.

Stehen die Arbeitswilligen mit den Streikenden im Einvernehmen, billigen und unterstützen sie den Streik und bieten sie ihre Arbeit nur zum Schein an, um den Lohn zu erhalten und dadurch die Streikkasse der Gewerkschaft zu entlasten, so entfällt die Lohnzahlungspflicht. Jedoch braucht der § 323 nicht herangezogen zu werden. Vielmehr stellt sich das Angebot der angeblich Arbeitswilligen als unbeachtliche protestatio facto contraria dar. Denn wer sich mit den Streikenden solidarisch erklärt und der Streikbewegung durch Billigung einen Rückhalt bietet und gleichwohl seine Arbeit anbietet, dessen Leistungsangebot ist mit seinem sonstigen Verhalten unvereinbar und daher unbeachtlich. Es gilt so, als hätte er kein Angebot gemacht.

Handelt es sich jedoch um einen Teilstreik, den die Arbeitswilligen mißbilligen — etwa weil sie einer anderen Gewerkschaft angehören, deren gemäßigte Führer mit den bisherigen Löhnen zufrieden sind— und versuchen sie ihn zu unterdrücken, dann bleibt ihre Leistung möglich. Man kann im Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer nicht Fälle unterscheiden, in denen es Sache des Arbeitgebers ist, den Betrieb betriebsfähig zu erhalten und solche, in denen dies nicht der Fall ist. Der einzelne Arbeitnehmer als solcher hat keine Macht über die Produktionsmittel. Legt ein Teil der Belegschaft den Betrieb still, so kann dieses Ereignis nicht für den einzelnen Arbeiter die Folge haben, daß man seine Leistung für unmöglich erklärt. Vielmehr muß die juristische Konstruktion stets die gleiche bleiben. Der Gläubiger kommt stets in Annahmeverzug. Er hat den Zufall der Betriebstillegung zu tragen. Denn er hatte nach dem Vertrage das Arbeitsobjekt zu stellen, er beschäftigt ja die Arbeiter in seinen Räumen, an seinen Maschinen. Hätte er vertragsmäßig mitgewirkt, so wäre dem Arbeiter als Schuldner die Bewirkung der Leistung sehr wohl möglich gewesen. Es muß scharf betont werden, daß es für die Frage der Möglichkeit der Leistung ganz

---

[1]) R. A. G. Urt. v. 20. 6. 1928 a. a. O. S. 79.
[2]) Simson a. a. O. S. 29—35.

gleichgültig ist, ob der Betrieb wegen Teilstreiks ruht, oder etwa, weil die Räume ausgebessert werden mußten.

In dem gleichen Aufsatz [1]) äußert sich Titze noch über die Tragung des individuellen und generellen Betriebsrisikos.

Von individuellem Betriebsrisiko spricht man, wenn ein einzelner oder mehrere Betriebe, von generellem Betriebsrisiko, wenn alle Betriebe eines Berufszweiges oder Landstrichs aus natürlichen Gründen z. B. Mangel an Rohstoffen, stillgelegt werden müssen. Stillegungen, die durch Arbeitskämpfe verursacht sind, (Streik, Aussperrung) fallen also nicht darunter. Das individuelle Betriebsrisiko geht nach Titze [2]) zu alleinigen Lasten des Arbeitgebers, in den Fällen des generellen Betriebsrisikos müsse die Ungunst der Zeitlage — nur in ungünstigen Zeitläuften sind Stillegungen sämtlicher Betriebe ganzer Landstriche denkbar — eine Rückwirkung auf die Auslegung der Arbeitsverträge haben. Annahmeverzug trete nur ein, wenn der Gläubiger Mitwirkungshandlungen unterlasse, die zu erbringen nach der Anschauung des Verkehrs seine Sache war. Hier handele es sich um die Nichtbeschaffung von Nichtbeschaffbarem, die nicht als Unterlassung einer vom Arbeitgeber vertragsmäßig zu erwartenden Mitwirkungshandlung angesehen werden könne. Daher liege Unmöglichkeit der Leistung vor.

Diese Schlußfolgerung ist ebenso falsch, wie es unrichtig war, im Falle des Teilstreiks Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen. Es muß noch einmal ausgesprochen werden, daß es für die Frage der Möglichkeit der Leistung ganz gleichgültig ist, worauf die Betriebsstockung zurückzuführen ist. Der Arbeitgeber hat in den Fällen des generellen Betriebsrisikos nach dem Vertrage genau so durch Stellung des Substrats zur Erfüllung beizutragen, wie in den Fällen des individuellen Betriebsrisikos. Hätte er es gestellt, so würde den arbeitsfähigen und arbeitswilligen Schuldnern die Erfüllung möglich gewesen sein. Einzig diese Erwägungen können für die Entscheidung ausschlaggebend sein. Nimmt man in rechtlich gleichliegenden Fällen bald Annahmeverzug, bald Unmöglichkeit an, um in Einzelfällen dem Rechtsempfinden entsprechend eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers verneinen zu können, so verändert man willkürlich den rechtlichen Gesichtspunkt. Es liegt stets Annahmeverzug des Gläubigers vor, der ja kein Verschulden erfordert. Wenn Titze ausführt, daß die Herleitung des Annahmeverzuges gesundem Rechtsempfinden widersprechen würde [3]), so ist ihm zu erwidern, daß der Verzug als Rechtsfolge eines bestimmten rechtlichen Tatbestandes nach den Grundsätzen der Logik bei Vorliegen dieses Tatbestandes stets eintreten muß, gleichgültig, ob dies billig erscheint oder nicht. Eine ganz andere Frage ist es, ob auch die Lohnzahlungspflicht be-

[1]) Seite 551.
[2]) Titze a. a. O. S. 551.
[3]) Titze a. a. O. S. 551.

stehen bleibt. Diese kann trotz Vorliegens des Annahmeverzuges nach allgemeinen Grundsätzen sehr wohl entfallen, wenn Billigkeitserwägungen die Befreiung des Arbeitgebers fordern [1]).

§ 10.

Auch Örtmann [2]) hat sich für den Fall des Teilstreiks gegen die Herleitung des Annahmeverzuges ausgesprochen. Er zieht einmal den Solidaritätsgedanken heran, über den weiter unten gehandelt werden soll, bringt die schon erwähnte Erwägung, daß der Arbeitgeber bei Bejahung der Lohnzahlungspflicht den Teilstreik finanzieren müßte, und führt als weiteren Grund gegen die Annahme des Verzuges an, daß das Arbeitshindernis seinen Grund auf der Seite der Arbeiter habe.

Dies ist richtig, kann aber den Annahmeverzug nicht ausschließen. Denn für diesen ist allein maßgebend, wer das Substrat zu stellen hatte. Hatte es der Gläubiger zu stellen und kann er es nicht gewähren, so gerät er in Verzug, ganz gleichgültig, warum er es nicht stellen konnte.

Örtmann will ferner in demselben Werk [3]) in den Fällen der Stillegung sämtlicher Betriebe eines Landstrichs oder Berufszweiges das generelle Betriebsrisiko von den Arbeitnehmern getragen wissen und den Annahmeverzug verneinen. Der Gedanke des § 279 BGB., wo im Sinne der Schuldnerhaftung zwischen Leistungsunmöglichkeit und Leistungsunvermögen unterschieden wird, sei sinngemäß auf die Gläubigerverantwortlichkeit zu erstrecken. Außerdem hätten die allgemeinen Hinderungsgründe, die zu Massenstillegungen führen, mit dem Betriebe nichts zu tun und entzögen sich der Einwirkungsmöglichkeit des Unternehmers. Endlich widerspräche die Annahme des Gläubigerverzuges in derartigen Fällen der sozialen Gerechtigkeit.

Dieses letzte Argument ist eine reine Billigkeitserwägung, die wohl bei der Prüfung der Lohnzahlungspflicht am Platze wäre, niemals aber dem Eintritt des Verzuges als einer Rechtsfolge eines bestimmten Tatbestandes entgegenstehen kann. Eine sinngemäße Anwendung des § 279 erscheint deswegen nicht angängig, weil sie eine innere Wesensverwandtschaft des Tatbestandes, dessen Regelung angewendet werden soll, mit dem anderen Tatbestande, auf den sie angewendet werden soll, voraussetzt. Eine solche Wesensverwandtschaft zwischen der Vertretungspflicht des Schuldners für sein Unvermögen zur Leistung und dem Eintritt des Gläubigerverzuges bei Stillegung wegen allgemeiner Hinderungsgründe ist nicht anzuerkennen. Die Rechtsstellung des Schuldners als solchen kann mit der des Gläubigers als solchen nicht verglichen werden. Denn der Schuldner als solcher hat ausschließlich Pflichten zu erfüllen,

---

[1]) Hierüber weiter unten.
[2]) Örtmann, Dtsch. Arbeitsvertragsrecht a. a. O. S. 171.
[3]) a. a. O. S. 170.

während der Gläubiger als solcher ausschließlich berechtigt ist, ein so ausgeprägter Gegensatz, daß sich jede sinngemäße Anwendung von für den Schuldner gegebenen Vorschriften auf die rechtliche Behandlung des Gläubigers verbietet. Wenn endlich Örtmann behauptet, die allgemeinen Hinderungsgründe hätten mit dem Betriebe nichts zu tun und entzögen sich der Einwirkungsmöglichkeit des Unternehmers, so ist dem entgegenzuhalten, daß sich diese Gründe der Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitnehmer noch viel mehr entziehen.

§ 11.

Sind demnach die Lösungsversuche Titzes und Örtmanns abzulehnen, so ist nunmehr die Lösung Simsons und Potthoffs für den Fall des Teilstreiks näher zu betrachten.

Simson [1]) lehnt die dem BGB. zugrunde liegende individualistische Auffassung des Vertragsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und einzelnem Arbeitnehmer als dem modernen arbeitsrechtlichen Gedanken nicht entsprechend ab.

Er entwickelt den Solidaritätsgedanken folgendermaßen: Er faßt die ganze Arbeiterschaft eines Betriebes als geschlossene Einheit, als Kollektivum auf. Diese geschlossene Einheit entsteht zwangsläufig. Denn die Arbeitnehmer sind in wirtschaftlicher Hinsicht gleichgestellt und verbunden, sind aufeinander angewiesen und voneinander abhängig, auch können sie sich weitgehend gegenseitig beeinflussen. Daher besteht für die Solidarität der Angehörigen e i n e s Betriebes eine gesetzliche Fiktion.

Der Arbeitnehmer steht dem Arbeitgeber nicht als Individuum, sondern als Glied eines Organismus gegenüber. Seine Rechtsstellung ist von der des Ganzen abhängig. Daher ist der einzelne Arbeitswillige für Betriebsstockungen mitverantwortlich, die durch das Versagen der als eine Einheit gedachten Arbeitnehmerschaft entstehen [2]). Diese Aufbürdung der Mitverantwortung ist ein billiger Ausgleich für die Vorteile, die der einzelne andererseits aus dieser Verbundenheit zieht. Die Voraussetzung dafür, daß die als Einheit aufgefaßte Arbeitnehmerschaft, die Arbeitsgemeinschaft der Arbeitnehmer die Folgen dieses Versagens tragen muß, ist — immer nach Simson — daß sie sich als rechtliche Einheit bewerten und in das Gesetz eingliedern läßt. Für das öffentliche Recht habe das Betriebsrätegesetz die Gemeinschaft der Arbeitnehmer bereits als Rechtsgemeinschaft anerkannt. Indessen bestehe auch im Privatrecht eine Gemeinschaft der Belegschaft, die in vermögensrechtlicher Beziehung haftbar gemacht werden könne. Das hier kurz wieder-

---

[1]) a. a. O. S. 23 ff.

[2]) a. a. O. S. 23, ebenso Potthoff in Bemerkg. z. Urt. des L. G. Stade v. 16. 12. 1920, a. a. O. S. 1336.

gegebene Kollektivprinzip hat nach Simson folgende Bedeutung für den Annahmeverzug [1]) im Falle des Teilstreiks, den Simson monographisch behandelt.

Da die Arbeitnehmerschaft eine Einheit ist, ist ein einzelner Arbeitnehmer überhaupt nicht in der Lage, die vereinbarte Leistung anzubieten und dadurch den Eintritt des Gläubigerverzuges herbeizuführen.

Denn der Arbeitgeber hat mit dem Arbeiter nicht eine Arbeitsleistung als etwas isoliert für sich Bestehendes vereinbart, sondern sie soll das Glied einer Kette von Leistungen sein, die erst durch ihr Zusammenwirken die beabsichtigte Wirkung herbeiführen können. Da der Betrieb auf dieses Zusammenwirken Aller eingestellt ist, ist der Einzelvertrag unter der stillschweigenden, selbstverständlichen Voraussetzung abgeschlossen, daß auch alle anderen Arbeiter ihre Vertragspflichten erfüllen. Der Arbeitgeber hat daher auf Grund der Einzelarbeitsverträge einen Rechtsanspruch auf das Zusammenwirken Aller. Dieser Anspruch kann nur erfüllt werden, wenn Alle ihrer Vertragspflicht nachkommen. Alle Arbeitsleistungen zusammen stellen erst die vereinbarte Arbeitsleitung dar [2]).

Bietet nun der einzelne Arbeitswillige seine Arbeitsleistung an, so vermag er dadurch im Falle des Teilstreiks noch nicht das Zusammenwirken mit seinen Arbeitsgenossen als selbstverständliche Voraussetzung für seine Einzelleistung zu ermöglichen. Deshalb ist sein Angebot juristisch unvollständig, weil das Zusammenwirken Aller integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages ist. Ein objektiv vollständiges Angebot kann nur durch die ganze Belegschaft als Gemeinschaft erfolgen. Das unvollständige Angebot des Einzelnen kann keinen Annahmeverzug begründen.

Zur Würdigung der Auffassung von der Solidarität der Belegschaft und zum Kollektivprinzip ist folgendes zu bemerken:

Die angebliche Solidarität der gesamten Belegschaft eines Betriebes kann nicht einmal als Tatsache anerkannt werden [3]), geschweige denn als „gesetzliche Fiktion" wie Simson will. Denn die Belegschaft besteht aus sehr verschiedenartig eingestellten Elementen und gehört häufig verschiedenen Gewerkschaften an, die durchaus nicht immer über die einzuschlagende Lohnpolitik der gleichen Ansicht sind. Gerade die Tatsache, daß Teilstreiks gegen den Willen der Arbeitswilligen ausbrechen, zeigt, wie wenig die Arbeitnehmer eines Betriebes untereinander verbunden sind und wie gering ihre gegenseitige Beeinflussung ist. Wie häufig üben Streikende gegen arbeitswillige Angehörige des gleichen Betriebes den schwersten Terror. Wie kann da von Solidarität gesprochen werden! Im übrigen will

---

[1]) a. a. O. S. 35 ff.
[2]) a. a. O. S. 36, ebenso Potthoff a. a. O. S. 1336.
[3]) Ebenso Neumann a. a. O. S. 2892.

Simson [1]) selbst die Solidaritätsvorstellung auf die Belegschaft eines Betriebes beschränkt wissen. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Solidaritätsbegriff, wenn er Daseinsberechtigung hätte, nicht auch Anwendung finden sollte, wenn der Betrieb wegen Ausstandes in einem benachbarten Unternehmen feiern muß. Die angebliche Gemeinschaft der Arbeitnehmerschaft eines Betriebes entsteht ganz unabhängig vom Willen der Beteiligten durch den Eintritt des einzelnen Arbeitnehmers in den Betrieb. Daß für die Solidarität eine gesetzliche Fiktion bestehe, ist eine einfache unbewiesene Behauptung, für die keine gesetzliche Bestimmung angeführt werden könnte.

Kann sonach die Belegschaft eines Betriebes nicht als geschlossene Einheit, als Arbeitsgemeinschaft angesehen werden, so ist es auch unrichtig zu behaupten, der einzelne Arbeitnehmer trete dem Arbeitgeber als Glied eines Organismus gegenüber und seine Rechtsstellung sei von der des Ganzen abhängig. Vielmehr herrscht, solange das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geändert wird, der individualistische Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer als Individuum, das nur für seine einzelnen Handlungen einzustehen hat. Hieran ändert auch die Tatsache des Abschlusses von Tarifverträgen nichts. Denn dieser schafft keinen Kollektivarbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und der Gesamtheit seiner Arbeiter, sondern setzt nur die allgemein gültigen Bedingungen für den jeweils abzuschließenden Einzelarbeitsvertrag fest.

Simson selbst erfordert [2]) als Voraussetzung dafür, daß die Gemeinschaft der Arbeitnehmer die Folgen eines Versagens eben dieser als Einheit gedachten Arbeitnehmerschaft tragen müsse, die Bewertung dieser Gemeinschaft als rechtliche Einheit und ihre Eingliederung in das Gesetz.

Soll die angebliche Gemeinschaft der Belegschaft in vermögensrechtlicher Beziehung haftbar gemacht werden können, so ist dies in der Tat davon abhängig, ob sie einem Rechtsinstitut des Privatrechts unterstellt werden kann. Denn die Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes gelten nur für das öffentliche Recht.

Sinzheimer [3]) betrachtet die Organisation der Arbeitnehmer eines Betriebes als genossenschaftliche. Wäre die Arbeitnehmerschaft eine Genossenschaft, so müßte ihr die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit in vermögensrechtlicher Beziehung verliehen haben. Dies aber ist nicht der Fall, da von Rechtsfähigkeit der Arbeitnehmerschaft überhaupt nur insoweit gesprochen werden kann, als das Betriebsrätegesetz ihr Rechte verliehen hat. Dieses Gesetz enthält aber keine vermögensrechtliche Bestimmungen und gilt, wie schon erwähnt, nur für das öffentliche Recht.

---

[1]) a. a. O. S. 31.
[2]) a. a. O. S. 23.
[3]) In Grundzügen des Arbeitsrechts.

Kann aus diesem Grunde die Arbeitnehmerschaft eines Betriebes keine Genossenschaft sein, so ist noch zu prüfen, ob sie etwa den Regeln der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741—758 BGB.) unterstellt werden kann. Indessen kann die communio incidens stets nur dingliche und absolute Rechte, niemals aber Ansprüche und Verpflichtungen schuldrechtlicher Natur zum Gegenstande haben. Da aber die Gemeinschaft der Arbeitnehmer nach der Auffassung Simsons auf dem Gebiete des Schuldrechts liegt, so kann sie keine communio incidens sein.

Da weitere Möglichkeiten einer Unterstellung der Gemeinschaft der Arbeitnehmer unter ein Rechtsinstitut des Privatrechts nicht bestehen, so fehlt es an jeder Grundlage für ihre Haftbarmachung in vermögensrechtlicher Beziehung. Die von Simson selbst erforderte Voraussetzung für ein Einstehenmüssen dieser Gemeinschaft, nämlich die Möglichkeit ihrer Bewertung als rechtliche Einheit, entfällt.

Ist aus all diesen Gründen die angebliche Solidarität zu verneinen und das Kollektivprinzip als mit dem geltenden Rechte unvereinbar abzulehnen, so sind folgerichtig die Folgerungen Simsons aus diesem Prinzip für den Eintritt des Gläubigerverzuges zu verwerfen.

Nach dem individualistischen Arbeitsvertrag, der nach dem geltenden Rechte die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern regelt, hat der Arbeitnehmer nur seine eigene Leistung anzubieten und für seine eigenen Handlungen zu haften. So wie die rein tatsächliche Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu der Belegschaft ihm kein Recht gibt, seine Vertragspflichten zu verletzen, kann sie andererseits seine Lohnansprüche nicht deswegen vernichten, weil andere ihre Verpflichtungen verletzt haben, mit denen er rechtlich nicht verbunden ist. Der individualistische Arbeitsvertrag schließt auch die Vorstellung aus, daß die Leistung des Einzelnen nur als Glied einer Kette von Leistungen vereinbart sei. Vielmehr schuldet der Einzelne nur seine eigene Leistung. Ebenso folgt der Satz, daß der Einzelarbeitsvertrag unter der stillschweigenden Voraussetzung der Pflichterfüllung sämtlicher Arbeitnehmer abgeschlossen sei, aus dem mit dem geltenden Rechte unvereinbaren Kollektivprinzip und ist mit diesem zu verwerfen.

Ist nach geltendem Rechte das Zusammenwirken Aller kein integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages, weil jeder mangels besonderer Haftungsgründe nur für seine eigenen Handlungen und Leistungen aufzukommen hat und auch nur für diese aufkommen will, dann ist das Angebot der eigenen Leistung juristisch vollständig und setzt den Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm vertraglich obliegende Mitwirkungshandlung — Stellung des Arbeitsobjekts— nicht vornehmen kann.

Abschließend wäre noch zu bemerken, daß Simsons Kollektivprinzip das Individuum zur Bedeutungslosigkeit herabdrückt, weil es von dem freien Willen anderer Individuen abhängen soll,

ob sein Leistungsangebot ihm seinen Lohnanspruch verschafft oder nicht. Solange das Arbeitsvertragsrecht nicht im Rahmen einer Kodifikation des gesamten Arbeitsrechts neu gestaltet ist, muß bei der Entscheidung der ganzen Frage stets von den individualrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgegangen werden, dessen Vorschriften über den Dienstvertrag und den Verzug des Gläubigers die heutige gesetzliche Regelung des Arbeitsvertrages darstellen.

§ 12.

Nimmt Simson, um dem Arbeitgeber im Falle von Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer zu helfen, eine Einheit der Belegschaft an, eine Gemeinschaft der Arbeitnehmer untereinander, die dem Arbeitgeber gegenübersteht, so geht das Reichsgericht in einer grundlegenden Entscheidung vom 6. 2. 23 [1]) von einer „sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" von Arbeitgeber und Belegschaft des Betriebes aus, um bei Kampfmaßnahmen Lohnansprüche verneinen zu können. Der gedachten Entscheidung lag folgender Tatbestand zu Grunde: Infolge Streiks hatte der Betrieb keinen elektrischen Strom. Daher konnte ein Teil der Belegschaft, der sich zur Arbeit gemeldet hatte, nicht beschäftigt werden.

Das Reichsgericht hat einen Lohnanspruch der Arbeitswilligen für die Zeit der Betriebsstillegung abgelehnt.

Es liege Unmöglichkeit der Leistung der Arbeitswilligen im Sinne des § 323 vor.

Jedoch sei für die Entscheidung überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern von den sozialen Verhältnissen auszugehen [2]). Der Gedanke einer sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft habe sich für größere Betriebe durchgesetzt. Es handele sich nicht mehr um das Verhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, nämlich dem Unternehmertum nnd der Arbeiterschaft. Mit Abschluß des Einzelvertrages trete der Arbeiter in die Arbeiterschaft und in die Gesamtorganisation des Betriebes ein, dessen Ergebnis in gemeinschaftlichem Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen werde. Der Arbeitnehmer sei nicht mehr Werkzeug des Unternehmers, sondern ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft. Daher könnten die Folgen des Versagens der Arbeitsgemeinschaft nicht den Arbeitgeber allein treffen. Sei der einzelne Arbeiter ein Glied der Arbeiterschaft und der zwischen dieser und dem Unternehmer bestehenden Arbeitsgemeinschaft, dann sei es selbstverständlich, daß, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft die Betriebseinnahmen versagen, dem Unternehmer nicht zugemutet werden könne, die Lohnzahlungen aus anderen Mitteln zu

[1]) R. G. Z. Bd. 106, S. 272 ff.
[2]) a. a. O. S. 275.

bestreiten. Dies gelte auch, wenn das Versagen der Arbeitsgemeinschaft nur von einem Teil der Arbeiterschaft ausgehe, weil mit der durch einen Teil der Arbeiter verursachten Stillegung des Betriebes die Grundlage für die Lohnzahlungen im Betriebe allgemein weggefallen sei. Die Folgen dieses Wegfalles der Grundlage für die Lohnzahlungen müßten sich auch die anderen Arbeitnehmer gefallen lassen.

Dieser Auffassung des Reichsgerichts über die Verbundenheit der Belegschaft mit dem Arbeitgeber und den daraus gezogenen Folgerungen schließt sich das Reichsarbeitsgericht [1]) in seiner Entscheidung vom 20. 6. 28 an. Es hatten in diesem Falle Glasarbeiter wegen angeblich durch Streik von Bergarbeitern verursachten Kohlenmangels nicht arbeiten können. Das Reichsarbeitsgericht lehnt den Lohnanspruch der Arbeitswilligen ab und führt über die soziale Arbeits- und Betriebsgemeinschaft noch folgendes aus:

Der in den Betrieb aufgenommene Arbeitnehmer habe nicht mehr wie früher als unbeteiligtes Einzelindividuum lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sondern gehe eine Verbundenheit mit dem Betriebe ein, und müsse daher zur Erhaltung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes beitragen. Damit seien die Rechte der Arbeitnehmerschaft auf eine unterstützende Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes ausgedehnt. Diesen erweiterten Rechten stände die Mittragung einer gewissen Verantwortung für den Betrieb und die Mittragung seiner Gefahren gegenüber. Daher könne die Arbeitnehmerschaft und mit ihr der Einzelne die Tragung der Folgen von Betriebsstörungen und -Gefahren nicht mit dem Hinweise ablehnen, daß er zur Leistung bereit gewesen sei und diese angeboten habe.

Das Reichsarbeitsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Arbeitnehmer die Gefahr von Ereignissen, die den Bestand des Betriebes beeinträchtigten oder ihn vernichteten, zu tragen hätten. Handele es sich dagegen um Ereignisse, die die Betriebsführung treffen, so bleibe der Lohnanspruch grundsätzlich erhalten, da es Sache des Arbeitgebers sei, den Betrieb aufrecht zu erhalten.

Das Reichsarbeitsgericht legt aber seiner Entscheidung nicht nur den Gedanken der Verbundenheit der Belegschaft mit dem Arbeitgeber, sondern auch den schon besprochenen Solidaritätsgedanken Simsons, den Gedanken der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander, zugrunde. Aus diesem Gedanken zieht das Reichsarbeitsgericht die gleiche Schlußfolgerung wie Simson und Potthoff, nämlich, daß die Arbeitnehmer die Gefahr solcher Ereignisse, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft beruhen, tragen müßten [2]).

Der Solidaritätsgedanke und die aus ihm hergeleiteten

---

[1]) Entscheidungen des R. A. G., Bd. II, S. 78 ff.
[2]) a. a. O. S. 79.

Folgerungen sind schon bei der Besprechung Simsons [1]) abgelehnt worden und es kann hier auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden. Zur Würdigung des Gedankens des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts von der sozialen Arbeitsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Belegschaft und ihrer Verbundenheit ist folgendes zu sagen:

Zunächst ist der Gedanke, daß es sich heute nicht mehr um das Verhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft handele, mit dem geltenden Rechte nicht vereinbar. Denn nach diesem ist der individualistische Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer zugrundezulegen. Weiter ist die Erwägung, daß der Arbeitnehmer mit Abschluß des Einzelarbeitsvertrages in die Arbeitnehmerschaft eintrete, juristisch nicht verwendbar. Denn dieser Eintritt ist etwas rein Tatsächliches. Die weitere Vorstellung, daß der Arbeitnehmer mit Abschluß des Einzelarbeitsvertrages in die Gesamtorganisation des Betriebes eintrete, wäre nur dann juristisch verwertbar, wenn mit Vertragsabschluß die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach Art der Gesellschaft oder der Mitgliedschaft bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gestaltet würden, wovon keine Rede sein kann, weil diese Beziehungen sich auf die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrage (§ 611—630 BGB.) beschränken. Ein Werkzeug des Arbeitgebers — wie das Reichsgericht behauptet — ist der Arbeitnehmer nie gewesen. Der Gedanke, daß die Folgen des Versagens der Arbeitsgemeinschaft den Arbeitgeber nicht allein treffen könnten, ist ein Uebergriff in das Gesellschaftsrecht, der unberechtigt ist, da die vom Reichsgericht angenommene Arbeitsgemeinschaft zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft in vermögensrechtlicher Beziehung gar nicht besteht. Wohl bildet der Betrieb eine organisatorische Einheit, aber diese kommt nur in der Person des Inhabers zum Ausdruck. Zwar hat das Betriebsrätegesetz durch die Schaffung der Mitwirkungsrechte der Betriebsvertretungen auf dem Gebiete der inneren Betriebseinrichtung eine Arbeits- und Betriebsgemeinschaft geschaffen. Aber diese Gemeinschaft erstreckt sich nicht auf den ganzen Umfang des Betriebes, sondern nur auf die Befugnisse in der Verwaltung des Betriebes, die das Betriebsrätegesetz dem Zusammenwirken des Arbeitgebers und der Betriebsvertretung zuweist. Entcheidend für die Entstehung rechtlicher Folgen aus einer Gemeinschaft ist nicht, daß sie besteht, sondern, woran sie besteht. Die Gemeinschaft erstreckt sich keinesfalls auf das Vermögen des Betriebes. Nur der Unternehmer ist vermögensrechtlich berechtigt und verpflichtet. Besteht aber in vermögensrechtlicher Beziehung keine Arbeitsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Belegschaft, dann ent-

[1]) Seite 31—34.

fällt auch die Folgerung des Reichsgerichts, daß den Arbeitgeber die Folgen eines Versagens dieser (gar nicht bestehenden) Arbeitsgemeinschaft nicht allein treffen könnten. Ebenso entfällt die Voraussetzung für die weitere Folgerung, daß es dem Unternehmer nicht zugemutet werden könne, aus anderen als Betriebsmitteln die Lohnzahlungen zu bestreiten, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft die Betriebseinnahmen versagen. Denn Voraussetzung dieser Unzumutbarkeit ist nach dem Reichsgericht [1]) das Bestehen der Arbeitsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Belegschaft. Bestände eine Arbeitsgemeinschaft auf gemeinsames Risiko, so müßte sie, wie am Verlust, so auch am Gewinn beteiligt sein. Dies ist aber nicht der Fall. Der Arbeitgeber erhält den ganzen Gewinn. Daher muß er auch das volle Risiko tragen. Aus all diesen Gründen kann die Arbeitsgemeinschaft keinen Ausgangspunkt für die Entscheidung der Frage nach der Tragung des Betriebsrisikos bilden.

Wenn das Reichsgericht weiterhin ausführt, daß das Ergebnis des Betriebes in gemeinschaftlichem Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen werde und zur Bestärkung dieser Behauptung darauf hinweist, daß die neueren Gesetze, insbesondere das Betriebsrätegesetz auf diesem Gedanken gemeinschaftlicher Arbeit beruhten [2]), so erscheint dieser Hinweis sehr anfechtbar. Man kann mit Krückmann [3]) sehr wohl die Meinung vertreten, daß der Betriebsrat als Organ und Interessenvertretung der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber gerade das Gegenstück des Gemeinschaftsgedankens ist, weil die von ihm zu vertretenden Arbeitnehmerinteressen denen des Arbeitgebers entgegengesetzt sind, woraus sich eine gewisse Gegensätzlichkeit auch bei allseits bestem Willen ergeben muß.

Ferner will das Reichsgericht seine Entscheidung nur auf die Verhältnisse größerer Betriebe angewendet wissen [4]). Wie soll dann die ganze Frage für kleine Betriebe entschieden werden?

Wenn endlich das Reichsgericht behauptet, die von ihm aus dem angeblichen Bestehen einer Arbeitsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Belegschaft hergeleiteten Folgerungen stimmten mit den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches überein [5]), weil bei Teilstreik die Leistung der Arbeitswilligen unmöglich sei, so beruht diese Behauptung auf der oben widerlegten Verwechslung zwischen Leistung und Bewirkung der Leistung. Die Leistung der Arbeitswilligen als Schuldner bleibt möglich, denn unter der Voraussetzung der vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers durch Stellung des Arbeitsobjekts, wäre ihnen die Erfüllung des Vertrages möglich.

1) Vergl. Seite 34 vorliegender Schrift.
2) R. G. a. a. O. S. 275.
3) Krückmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug, a. a. O. Sp. 12.
4) R. G. a. a. O. S. 277.
5) R. G. a. a. O. S. 276

Darf nach diesen Ausführungen die Aufstellung des Reichsgerichts als einwandfrei widerlegt gelten, so bleibt noch eine Auseinandersetzung mit dem Reichsarbeitsgericht übrig.

Da letzteres dem Reichsgerichte beipflichtet und ebenfalls von dem Gedanken einer Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Unternehmer und Belegschaft ausgeht, gilt zunächst alles gegen das Reichsgericht Ausgeführte auch gegen das Reichsarbeitsgericht.

Der Satz, daß der in den Betrieb aufgenommene Arbeitnehmer eine Verbundenheit mit dem Betriebe eingehe und daher zur Erhaltung der Wirtschaftlichkeit dieses Betriebes beitragen müsse, beruht auf demselben Gedanken. Aber aus der vom Betriebsrätegesetz auf dem Gebiete der inneren Betriebsverwaltung vorgesehenen, auf bestimmte Funktionen beschränkten Arbeitsgemeinschaft dürfen — wie oben dargetan — keine Folgerungen für die vermögensrechtlichen Beziehungen des Arbeitgebers zu dem einzelnen Arbeitnehmer gezogen werden. Weiterhin ist auch eine Ausdehnung der Rechte der Arbeitnehmerschaft auf eine Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes [1]), die das Reichsarbeitsgericht offenbar aus der Verbundenheit des Arbeitnehmers mit dem Betriebe folgert, nicht anzuerkennen. Denn eine Verbundenheit, eine Arbeitsgemeinschaft besteht nur insoweit, als das Betriebsrätegesetz dem Betriebsrat als Organ der Belegschaft Aufgaben zuweist. Diese beschränken sich auf eine Unterstützung der Betriebsleitung durch Rat und eine Vereinbarung der Dienstvorschriften mit dem Arbeitgeber. § 66 BRG. Man kann diese sehr beschränkten Funktionen, deren praktische Auswertung sehr häufig noch zugunsten einer Wahrnehmung der Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber [2]) unterbleibt, m. E. nicht als „Rechte auf Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes" ansehen. Denn es ist ja in das freie Belieben der Betriebsleitung gestellt, ob sie dem ihr vom Betriebsrat erteilten Rate folgen will oder nicht. Bestehen aber keine Mitwirkungsrechte der Belegschaft bei der Leitung des Betriebes, dann entfällt auch die zum Ausgleich für diese Rechte gedachte Belastung der Belegschaft mit der Tragung der Folgen von Betriebsstörungen.

Gegen die Gefahrverteilung, die das Reichsarbeitsgericht abschließend vornimmt, je nachdem das Ereignis den Bestand des Betriebes beeinträchtigt oder nur die Betriebsführung betrifft, ist wie schon gegen Titze [3]) ausgeführt ist, zu sagen: Es geht nicht an im Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer Fälle zu unterscheiden, in denen es Sache des Arbeitgebers sei, den Betrieb aufrecht zu erhalten [4]) und solche, bei denen dies nicht

[1]) Vgl. R. A. G. S. 35 dieser Abhandlung.

[2]) Vgl. die Aufgaben, die § 66 BRG, nach dieser Richtung hin dem Betriebsrat zuweist.

[3]) Seite 27 f dieser Schrift.

[4]) Wie es das R. A. G. bei Ereignissen, die die Betriebsführung betreffen, annimmt, vgl. S. 35 vorliegender Schrift.

der Fall sei. Vielmehr muß die juristische Konstruktion stets die Gleiche bleiben. Der Gläubiger kommt auch bei Kampfmaßnahmen der Belegschaft den Arbeitswilligen gegenüber in Gläubigerverzug, weil seine Mitwirkung zur Erfüllung sich nach dem Vertrage auf die Stellung des Arbeitsraumes, der Rohstoffe und der Maschinen erstreckt. Würde der Gläubiger diese Gegenstände den Arbeitswilligen zur Verfügung stellen, so wäre den Arbeitswilligen als Schuldnern die Bewirkung der Leistung, d. i. die Verrichtung der Arbeit, möglich, und die in diesem Sinne mögliche Leistung haben sie dem Gläubiger ordnungsmäßig, aber vergeblich angeboten.

§ 13.

Nachdem so alle besprochenen Versuche, den Arbeitgeber in Fällen von Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmerseite und in den Fällen des generellen Betriebsrisikos von der Lohnzahlungspflicht gegenüber den Arbeitswilligen zu befreien, wegen der Fehlerhaftigkeit ihrer Konstruktion abgelehnt werden mußten, ist nunmehr die eigene Entscheidung dieser Fälle zu geben.

Sie muß sich nach der Ablehnung jeder außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches liegender Konstruktion aus dem Gesetze selbst ergeben. Dieses erübrigt auch infolge seines Grundsatzes, daß der Schuldner seine Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken habe, (§ 242) jede außerhalb des Gesetzes liegende Begründung.

In allen Fällen, in denen der Gläubiger das Arbeitsobjekt nach dem Vertrage zu stellen hatte, gerät er den arbeitsfähigen und arbeitswilligen Schuldnern gegenüber in Annahmeverzug, wenn er es nicht stellen kann, ganz gleichgültig, aus welchem Grunde die Bereitstellung unterbleibt. Da er im Annahmeverzuge ist, bleibt er also zur Leistung, d. h. zur Lohnzahlung, verpflichtet. Ist ihm aber nach den Umständen des Einzelfalles die Erbringung seiner Leistung nicht zumutbar, z. B. bei Teilstreik, allgemeinen Stillegungen, so wird er trotz des Gläubigerverzuges auf Grund des § 242 nach den Grundsätzen von Treu und Glauben von seiner Schuldnerverpflichtung zur Lohnzahlung frei.

Diese Entscheidung darf für sich in Anspruch nehmen, den in der Einleitung zu dieser Arbeit aufgestellten Forderungen: Einer folgerichtigen juristischen Konstruktion und eines Ergebnisses, das mit den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit vereinbar ist, zu entsprechen. Sie ist folgerichtig konstruiert, weil sie an dem Eintreten des Gläubigerverzuges als Rechtsfolge eines bestimmten rechtlichen Tatbestandes festhält. Sie zeitigt ein Ergebnis, das eine schablonenhafte Gleichbehandlung häufig ganz unterschiedlicher Verhältnisse vermeidet und je nach Lage des Einzelfalles eine dem Rechts- und Billigkeitsempfinden entsprechende Lösung finden läßt. Endlich darf sie als Drittes für sich in Anspruch nehmen, daß sie die Lösung aus dem Gesetze selbst herleitet.

§ 14.

Den Abschluß dieser Schrift soll eine kurze Darstellung der Grundsätze bilden, nach denen der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes das Betriebsrisiko verteilt. Dieser Entwurf ist von dem beim Reichsarbeitsministerium gebildeten Ausschuß für ein einheitliches Arbeitsrecht aufgestellt worden. Das Reichsarbeitsministerium hat ihn nebst einer von dem gleichen Ausschuß zu dem Entwurf verfaßten Denkschrift im Jahre 1923 veröffentlicht [1]).

Der Entwurf behandelt die Verteilung des Betriebsrisikos unter der Überschrift „Entgelt bei Arbeitshinderung" in den §§ 75, 77, 78. Der Entwurf will, wie in der Denkschrift im Abschnitt „Annahmeverzug und Betriebsstockung" ausgeführt ist, weder einen neuen Begriff des Annahmeverzuges aufstellen, noch überhaupt entscheiden, wann streng juristisch Annahmeverzug, wann Unmöglichkeit der Leistung vorliege, überläßt vielmehr letztere Entscheidung der Wissenschaft [2]). Der Entwurf will nur, ohne sich auf juristische Theorie einzulassen, das Risiko einer Betriebsstörung verteilen und dadurch die Frage für das praktische Leben lösen.

Nach dem Entwurf hat grundsätzlich der Arbeitgeber die Gefahr zufälliger Ereignisse, die zur Stillegung führen, zu tragen. § 76 Abs. 1 S. 1 des Entwurfes. Er ist zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer wegen Mangels der ihm zu liefernden Rohstoffe oder wegen Unbenutzbarkeit der vom Arbeitgeber zu stellenden Räume und Geräte nicht arbeiten kann, ohne einen Anspruch auf Nachleistung zu haben. § 76 Abs. 1, S. 1. Der Ausschuß ging dabei von dem Gedanken aus, daß es Sache des Arbeitgebers sei, wenn er von der ihm zur Verfügung gestellten Arbeitskraft keinen Gebrauch machen könne. Der Arbeitnehmer habe daher nur die in seiner Person eintretenden Hindernisse zu vertreten [3]).

Von dieser grundsätzlichen Regelung macht der Entwurf zwei einschneidende Ausnahmen.

1. Ist das Arbeitshindernis durch Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern wie Teilstreik, auswärtiger Streik, Sabotageakte verursacht, so entfällt nach § 76 Abs. 2 der Lohnanspruch.

Jedoch will die Denkschrift diese Bestimmung örtlich wie zeitlich engbegrenzt ausgelegt wissen. Sie will den Lohnanspruch den an den Kampfmaßnahmen nicht beteiligten Arbeitnehmern nur dann versagen, wenn diese Kampfmaßnahmen die entscheidende Ursache der Betriebsstockung sind und die Fortführung des Betriebes unmöglich ist, obwohl der Arbeitgeber alles ihm Mögliche getan hat, um das Hindernis baldmöglichst

---

[1]) Im Reichsarbeitsblatt, Sonderheft 28, Stück 2.
[2]) Denkschrift Seite 19.
[3]) Denkschrift Seite 19.

zu beseitigen [1]). Dagegen soll nach der Denkschrift der Arbeitgeber sich nicht auf Verursachung des Arbeitshindernisses durch Kampfmaßnahmen berufen können, wenn z. B. sein Lieferant wegen Streiks keine Kohlen liefert und deshalb der Betrieb stillgelegt werden muß [2]).

Bei der Versagung von Lohnansprüchen im Falle von Kampfmaßnahmen ging der Ausschuß von der Erwägung aus, daß jeder sich wie eigenes Handeln anrechnen lassen müsse, was sein Berufsgenosse und insbesondere die organisierte Gesamtheit seiner Berufsgenossen tun [3]).

Die zweite Ausnahme von dem Grundsatze, daß der Arbeitgeber allein die Gefahr zufälliger Stillegung zu tragen habe, enthält § 76 Abs. 3 des Entwurfes.

2. Handelt es sich um Betriebsstockungen in einem ganzen Berufszweige oder Landstriche, die nicht durch Kampfmaßnahmen von Arbeitgebern verursacht sind, so hat der Arbeitnehmer nach § 76 Abs. 3 nur Anspruch auf das halbe Entgelt.

Das generelle Betriebsrisiko wird also beiden Teilen zur Hälfte aufgebürdet. Für Kampfhandlungen von Arbeitgebern hat der an ihnen unbeteiligte Arbeitgeber stets einzustehen. Ja, er muß den Lohn selbst dann zahlen, wenn die Betriebseinstellung ursächlich nicht ausschließlich auf allgemeine zufällige Ereignisse, sondern auch auf Kampfmaßnahmen anderer Arbeitgeber zurückzuführen ist.

§ 84 des Entwurfes läßt die Abdingbarkeit sämtlicher Bestimmungen des § 76 über die Verteilung des Betriebsrisikos zu Ungunsten der Arbeitnehmer nur zu, wenn sie durch Tarifvertrag vereinbart wird.

Zur Begründung dieser Vorschrift führt die Denkschrift aus, man müsse die besprochenen Bestimmungen der Vertragsfreiheit entziehen, weil sich sonst gerade die mächtigsten und kapitalstärksten Unternehmungen den ihnen im § 76 auferlegten Lohnzahlungspflichten durch Arbeitsverträge oder Betriebssatzungen entziehen würden.

Wird dieser Entwurf Gesetz, dann ist die alte Streitfrage der Gefahrverteilung für die Praxis gelöst. **Für die Theorie ist, solange ein neuer Gläubigerverzugsbegriff von Gesetzeswegen nicht aufgestellt wird, daran festzuhalten, daß der Arbeitgeber, wenn er das nach dem Vertrage von ihm zu stellende Arbeitsobjekt nicht stellen kann, stets in Verzug gerät, sofern den Arbeitnehmern unter der Voraussetzung der Zuverfügungstellung des Arbeitsobjekts die Bewirkung der Leistung möglich ist. Unmöglichkeit der Leistung liegt nur dann vor, wenn den Arbeitnehmern auch unter der Voraussetzung der Stellung des Arbeitsobjekts die Erfüllung unmöglich sein würde.**

---

1) Denkschrift Seite 19.
2) Denkschrift Seite 19.
3) Denkschrift Seite 19.

Lebenslauf.

Ich, Felix Joseph Paul Otte, bin am 24. November 1908, als Sohn des im Jahre 1920 gestorbenen Obersteuerkontrolleurs a. D. Joseph Otte und seiner Ehefrau Maria geb. Langer, zu Breslau geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger katholischen Bekenntnisses. Ich besuchte von Ostern 1915 bis Ostern 1918 die Vorschule des Johannesgymnasiums zu Breslau und von Ostern 1918 an das St. Matthiasgymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommersemester 1927 bezog ich die Universität zu Breslau und studierte daselbst 7 Semester, bis Sommersemester 1930, die Rechte und die Volkswirtschaftslehre. Am 6. Dezember 1930 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß des Oberlandesgerichts zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit „voll befriedigend“. Seit dem 1. Januar 1931 bin ich dem Amtsgericht Trebnitz zur Ausbildung als Referendar überwiesen.